QUESTÕES DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

THEORIA

DA

UNIDADE E UNIVERSALIDADE

DA FALLENCIA

DISSERTAÇÃO INAUGURAL PARA O ACTO DE CONCLUSÕES MAGNAS
NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

POR

ARTHUR MONTENEGRO

LICENCIADO EM DIREITO, SOCIO DO INSTITUTO DE COIMBRA
DEPUTADO DA NAÇÃO

COIMBRA
IMPRENSA DA UNIVERSIDADE
1894

A MEUS PAES

The great principle of the bankrupt laws is justice founded on equality.

A actualidade do direito internacional motivou este estudo, a obrigação legal de publicar um trabalho juridico motivou este livro.

A questão que a fallencia suscita divide-se naturalmente em duas partes: exame de principios e exame de legislação — Esta segunda fica reservada a um novo volume.

Que a difficuldade especial do assumpto sirva de attenuante à responsabilidade do Auctor.

INTRODUCÇÃO

I

SUMMARIO. — Frequencia das relações internacionaes. — Tendencia das legislações para a unidade — Unidade juridica da humanidade; diversidade necessaria; uniformidade desejavel — Theoria do direito internacional privado.

A frequencia, successivamente crescente, das relações internacionaes já nos não deixa duvidar, de que os Estados comprehenderam, quanto lhes era desfavoravel a posição em que o isolamento os collocava. E, se uma ou outra intelligencia extravagante[1] faz d'este novo movimento má prophecia, é certo que a sua voz se perde entre as reclamações de concordia, que a grande maioria dos escriptores, as associações de paz e os congressos scientificos todos os dias renovam nos seus escriptos e nas suas reuniões.

Os progressos da civilisação encarregam-se de abaixar constantemente as barreiras que a ambição, a

[1] Conde de Moltke, *Carta ao prof. Bluntschli*, *Revue de droit international*, 1881, pag. 80 — Hubbard, *Patrie*, *Essai de politique légale.*

ignorancia e os preconceitos tinham levantado entre os povos.

O extrangeiro deixou de ser considerado um inimigo; o direito internacional reclama a sua admissão ao goso dos direitos civis, e a applicação da lei extrangeira é regulada por principios mais liberaes. Os tribunaes das differentes nações ganham a confiança dos outros Estados, e a auctoridade internacional das suas sentenças cada vez consegue maior favor.

A liberdade de navegação todos os dias faz novas conquistas. O mar de Marmara e o mar Negro são abertos ao mundo pelos tratados de Andrinopola de 1829 e de Paris de 1856. Os Estados-Unidos declararam não reconhecer á Dinamarca o costume secular de cobrar certas taxas sobre os navios que passam o Sund. O congresso de Vienna de 1815, proclamando a livre navegação dos rios que atravessem ou separem varios estados, assenta regras que o direito internacional nunca mais desconhece.

O tratado de Berlim de 13 de julho de 1878 adopta principios politicos, que marcam uma nova era para o direito publico europeu.

A Conferencia africana de 1885, estabelecendo a liberdade de commercio na bacia do Congo, prohibindo a escravatura, assegurando a paz pela neutralidade de certos territorios, declarando livre a navegação do Congo e do Niger, e regulando por preceitos uniformes a occupação futura das costas africanas, prepara a conquista commercial d'um territorio mais vasto

que dois terços da Europa, e favorece a emancipação moral de cincoenta milhões de almas.

Finalmente, esforços constantes procuram assegurar a paz e regulamentar a guerra.

Tal é a direcção, para que o espirito moderno faz inclinar as relações internacionaes.

Por outro lado, o estudo das legislações dos differentes povos dá-nos a conhecer, que todas assentam sobre um edificio commum, constituido por certos principios geraes, cujo numero a experiencia, os conhecimentos e os progressos da civilisação podem fazer augmentar.

A historia mostra-nos, que razões imperiosas fizeram com que uma certa uniformidade se manifestasse na evolução juridica das differentes nações civilisadas; as fontes communs do direito, o christianismo, a revolução franceza com os codigos que produziu, e o commercio cada vez mais desenvolvido, têm n'este movimento larga cooperação.

O moderno gosto pelos estudos de direito comparado merece tambem especial referencia.

Hoje, quasi se não póde emprehender uma reforma sem consultar as legislações extrangeiras; comprehendeu-se toda a vantagem que havia em substituir os melhores raciocinios pelo exame dos resultados praticos, que a instituição produzia nos outros paizes.

«Effectivamente, depois que o commercio e a in-

dustria reuniram todos os povos, que os caminhos de ferro os approximaram, que as exposições os tornaram conhecidos, misturaram os seus interesses e as suas idéas, é natural cada um sentir a necessidade de apreciar a legislação e a maneira de viver dos seus vizinhos [1]».

O proprio direito inglez, tão cioso da sua originalidade, não se tem podido conservar extranho a esta corrente geral: uma lei de 12 de maio de 1870 permittiu aos extrangeiros adquirir immoveis em Inglaterra; profundas modificações foram estabelecidas relativamente á acquisição e á perda da nacionalidade; a antiga instituição, que fazia absorver a personalidade juridica da mulher casada na do marido, foi derogada; por ultimo, fórma-se uma forte opinião em favor do systema de codigos [2].

A despeito, porém, d'esta communidade de idéas que as circumstancias referidas constantemente favorecem, differenças numerosas e profundas separam na actualidade as legislações dos diversos paizes.

Quando as relações de direito abraçam mais d'um centro juridico, a diversidade de legislações obriga a determinar a competencia respectiva.

[1] Laboulaye, *Bulletin de la société de législation comparée*, 1869, n.º 1 — Tarde, *Les lois de l'imitation*, pag. 340.

[2] Lainé, *Introduction au droit international privé*, vol. 1, pag. 42.

Por seu turno, a frequencia d'estas relações faz com que cada vez appareçam, mais a miudo, os arduos problemas que o direito internacional é chamádo a resolver.

Alguns publicistas, levados de enthusiasmo pelo moderno *espirito de internacionalidade* e ao mesmo tempo dominados pelas graves difficuldades a que a assignação da competencia respectiva das differentes leis dá logar, têm chegado, n'um manifesto exaggero, a pedir e a antever «uma completa unidade juridica da humanidade [1]».

Os que assim pensam, servem sem duvida uma idéa grandiosa, mas esquecem por completo a realidade das coisas.

De facto, uma serie de circumstancias locaes, que produz a caracteristica de cada paiz, ha de constantemente, reflectindo-se na sua legislação, imprimir-lhe uma modalidade especial.

«O clima e a temperatura, com a acção incessante da sua influencia physica, modificam nos differentes povos os graus de sensibilidade, as tendencias, as forças activas, os meios de dominar a natureza e, mesmo, as necessidades e as condições de sua satisfação.

A natureza do paiz, montanhoso ou plano, banhado por mares ou rios, determina o genero de

[1] Sr. dr. Lucas Fernandes Falcão, *Do direito internacional privado*, pag. 3 — Tarde, *ob. cit.*, pag. 342 e 343 — Bluntschli, *Le droit international codifié*, pag. 3 e 4 — Sr. Pinto de Andrade, *Memoria apresentada ao congresso juridico de Lisboa de 1889*.

vida e a direcção do desenvolvimento natural, como os productos do solo.

As differenças physiologicas produzem outras psychologicas, quer nos instinctos e costumes, quer no desenvolvimento mais ou menos facil e precoce das faculdades intellectuaes e moraes. Seria, pois, impossivel fixar d'uma maneira uniforme a epocha da maioridade para todos os povos, para os do equador e para os habitantes das terras glaciaes dos polos. A esta differença de condicionalidade da natureza humana nas diversas regiões da terra, accrescem factores mais numerosos e não menos importantes, que derivam de outros elementos e de outras causas: a lingua, a historia, os acontecimentos que durante seculos exerceram influencia sobre um povo e determinaram a vida triste ou gloriosa, as crenças religiosas, as bases da constituição politica, a organisação da familia, os costumes, os habitos, as vicissitudes da legislação, o systema de educação publica ou privada, as idéas dominantes nas sciencias, a litteratura e as artes. A tudo isto deve accrescentar-se, que cada povo não é sómente uma collecção de homens submettidos ás leis geraes da natureza, mas de homens dotados de certas qualidades especiaes, de condições, de necessidades e aptidões, que formam a essencia da constituição da vida nacional [1]».

Este quadro, traçado pela penna brilhante do illustre

[1] *Journal du droit international privé*, 1874, pag. 221 — No mesmo sentido: sr. dr. Guimarães Pedroza, *Introducção ao estudo*

Mancini, põe bem em relevo toda a utopia que ha na idêa da unificação legislativa do futuro.

Alguns, porém, julgam o direito commercial reservado á realisação parcial do seu ideal.

N'este sentido dizem que o commercio é em toda a parte o mesmo; que em toda a parte a troca de productos e o credito lhe servem de fim e fundamento. Os usos, que os commerciantes substituiram á lei civil, constituem a essencia do direito e o ponto de partida para uma legislação uniforme [1].

Qualquer que seja, porém, o valor d'estas considerações, é certo que a pratica lhes não tem feito grande acolhimento.

Reconheço serem menos profundas e menos numerosas as differenças que dividem os codigos commerciaes, que as que existem nas leis civis. Entretanto, um estudo comparativo facilmente nos mostra como são ainda grandes as distancias que os separam. Vencer-se-hão um dia? Não me parece. O commercio já não é regido pelos usos dos commerciantes [2],

do direito internacional privado, pag. 11 — Asser, *Revue de droit international*, 1880, pag. 5 — Weiss, *Droit international privé*, pag. XIIj — Despagnet, *Précis de droit international privé*, pag. 20 — Fiore, *Le droit international privé*, trad. Ch. Antoine, vol. 1, pag. 1.

[1] Lyon-Caen, *Tableau des lois commerciales*, pag. 5 e seg. — Maluquer y Salvador, *Memoria apresentada ao congresso juridico de Lisboa de 1889*.

[2] Alguns legisladores foram mesmo até ao exaggero n'esta ordem de idéas (codigo commercial portuguez, art. 3).

nem mesmo por leis isoladas. Depois das grandes descobertas e invenções que tão vigoroso impulso lhe deram, os governos comprehenderam quão grande era a sua importancia para a prosperidade dos Estados. Os seculos XVII e XVIII encarregaram-se de formar uma corrente de opinião, que, sem se contentar com as leis commerciaes especiaes, exigiu do poder central a confecção de codigos de commercio. Assim se transformou o direito commercial, terminadas as causas que o obrigavam a uma uniformidade forçada, em um verdadeiro direito nacional. De facto, o commercio hoje não vive separado da nação a que pertence; na sua organisação, nas leis que o regem, tem de soffrer necessariamente certa influencia politica e nacional, que lhe ha de imprimir um caracter proprio.

Além d'isto, os partidarios da unidade juridica, ainda mesmo quando a restringem ao direito commercial, esquecem por completo um dos lados da questão. Dominados pelas difficuldades a que muitas vezes dá logar o concurso de leis diversas, quando se pretende assignar as competencias respectivas sobre determinadas relações juridicas, não se lembram dos inconvenientes produzidos pela solução que querem dar ao problema.

Suppôr absolutamente espontanea a uniformidade desejada, qualquer que seja a futura transformação dos costumes e dos preconceitos dos povos, é desconhecer por completo a acção do mundo physico, a influencia da tradição e a propria natureza do espirito humano.

Sendo assim, quem não vê que tal uniformidade, uma vez obtida, ha de constantemente difficultar, senão impossibilitar, todas as reformas? Com que obstaculos não seria preciso luctar para conseguir um novo accordo entre os Estados contractantes?! Porque, emfim, este codigo unico certamente não realisaria um ideal tão completo, que nenhum legislador tentasse sequer aperfeiçoal-o.

Que uma nação progrida e outra fique estacionaria; que novos factos, necessitando novas leis, se manifestem n'um paiz e não se manifestem n'outro, —isto bastará para tornar immediatamente impossivel toda a unidade [1].

É preciso que a uniformidade relativa das diversas legislações seja devidamente comprehendida; de contrario, o espirito ha de necessariamente perder-se em exaggeros. Como diz o sr. dr. Guimarães Pedroza:... «da communidade d'essas regras superiores á uniformidade das legislações em todas as suas manifestações accidentaes vae a distancia incommensuravel que serve de fundamento á nossa asserção [2]».

Não me parece, pois, que o direito internacional esteja destinado a perder a sua actual natureza para se fundir n'um codigo commum das nações.

O que póde haver de acceitavel na idéa da uniformidade é bem accentuado nas seguintes palavras

[1] Asser, *Revue de droit international*, log. cit. — Léonel Oudin, *Le code de commerce international*, Introduction.

[2] *Ob. cit.*, pag. 13.

de Asser, que claramente resumem o meu pensamento:

«Quanto á escolha entre os dois meios differentes de fazer cessar os conflictos internacionaes, devemos limitar-nos a sanccionar regras convencionaes para assegurar a decisão uniforme d'estes conflictos; a legislação uniforme não deve ser reclamada, senão por excepção, quer para tornar mais efficaz o meio indicado em primeiro logar, quer para regular algumas materias a respeito das quaes a necessidade de uniformidade se tenha feito vivamente sentir [1]».

Não se limitando as relações de direito a um mesmo centro juridico, é indispensavel, em presença d'esta diversidade de legislações, procurar conhecer as regras, que nos hão de guiar na determinação das respectivas competencias.

[1] Asser, *Revue de droit international*, log. cit. — Veja-se tambem Weiss, *ob. cit.*, pag. xvj, nota 1.

—A secção de questões mixtas do Congresso juridico de Lisboa de 1889 approvou a seguinte disposição:

«A confederação juridica de todos os povos por meio da sciencia é uma aspiração nobilissima, a cuja realisação devem tender todos os esforços, sem exclusão das differenças proprias dos diversos meios, que não podem deixar de ser attendidos. O estudo do direito comparado com a cooperação dos congressos internacionaes irá realisando progressivamente este ideal.» (Veja-se o *Resumo das actas do congresso* pelo sr. Tavares de Medeiros, pag. 50).

Julgo que é á natureza intima da relação de direito, que se deve recorrer n'este estudo; ella indicará, pelo seu caracter proprio, qual dos centros juridicos a deve regular.

Nenhum d'elles póde ser preterido, antes é necessario fazer a cada um a sua justa parte e reconhecer que devem ser recebidos a egual titulo, qualquer que seja aquelle que a natureza da relação de direito reclame.

Certamente, esta solução não resolverá todas as difficuldades,— a analyse da natureza da relação juridica será muitas vezes um arduo problema, —mas tem ao menos a vantagem de evitar as conclusões contradictorias ou infundadas, a que conduzem os criterios geraes das outras theorias.

É facil ver a importancia que, n'esta ordem de considerações, deve ter a comprehensão do direito e o exame do verdadeiro caracter das leis,—com estes elementos não fica só o estudo desembaraçado, fica tambem o caminho indicado.

A natureza da relação juridica muitas vezes exigirá a applicação da lei extrangeira; não é, pois, exacto dizer-se que as leis são essencialmente territoriaes.

Tambem não é a *cortezia internacional,* que fundamenta a exterritorialidade; sendo esta aconselhada pelo estudo da relação juridica, a soberania é obrigada a acceital-a, sob pena de abandonar o campo do direito para se refugiar no do arbitrio.

Ha tanta cortezia para com as nações vizinhas na observancia d'uma lei extrangeira, como benevolen-

cia para com os cidadãos no reconhecimento d'uma liberdade; é um direito que é consagrado, um direito que, como todos os outros, resulta do desenvolvimento intellectual e moral do povo em questão, do seu estado de civilisação, das suas necessidades, do seu passado e das suas tendencias.

O legislador póde, é certo, repellir as disposições dos codigos extrangeiros, como póde desconhecer no seu direito interno os principios de justiça; mas procurar justificar tal ordem de coisas é, como diz Mancini, confundir o poder legislativo absoluto de todo o estado com a legitimação do seu injusto exercicio.

Podemos, pois, dizer que os que invocam uma lei extrangeira, nacionaes ou extrangeiros, reivindicam um direito estabelecido sobre uma base scientifica e juridica.

Como, porém, a conservação é o primeiro direito e o primeiro dever do Estado, a applicação da lei extrangeira encontra um limite na *ordem publica internacional,* devendo, em nome d'ella, ser repellidos todos os factos juridicos e seus effeitos, que offendam as bases fundamentaes em que assenta a organisação do mesmo Estado.

Um notavel accordo reclama esta restricção: é que na soberania d'uma nação está a condição e o signal da sua existencia; garantil-a, é a primeira obrigação do legislador, comprommettel-a, equivale a destruir a propria sociedade.

Se, porém, a necessidade da limitação não dá logar

a duvidas, o seu entendimento provoca grandes divergencias,—o vago que a caracterisa tem servido muitas opiniões.

Quando a expressão *ordem publica* passou para o direito internacional, houve manifesta tendencia para lhe dar uma interpretação extensiva.

E comprehende-se isto: a concepção essencialmente territorial da soberania; o sentimento de desconfiança para com o extrangeiro, manifestado já no odio á sua legislação, já na sofrega defesa dos interesses privados dos nacionaes; e ainda a influencia exercida no direito internacional pela noção de ordem publica do direito privado, influencia que a identidade do nome e a communidade de idéas fundamentaes explica claramente,—tudo exerceu n'este movimento uma influencia decisiva.

Entretanto, as idéas novas e uma melhor comprehensão dos verdadeiros interesses dos povos foram a pouco e pouco transformando a noção de ordem publica em direito internacional; comprehendeu-se que os interesses geraes não tinham as mesmas exigencias a respeito dos nacionaes e dos extrangeiros; e assim se distinguiu a *ordem publica internacional* da *ordem publica interna*. D'este modo, as duas idéas, que entretanto nunca tinham sido completamente confundidas, passaram a ser claramente distinctas. A ordem publica internacional circumscreveu-se a uma esphera mais restricta, que a que limitou a ordem publica interna; o interesse geral mostrou menores exigencias, não só porque tinha menos a temer e menos a

defender as situações, mas ainda porque o caso em questão ficava sempre regulamentado (sómente pela lei extrangeira), o que não acontecia quando a derogação á lei nacional era feita pela vontade das partes. Continuou, porém, a haver um certo campo commum: a ordem publica internacional tomou o caracter de subdivisão da ordem publica interna. Ao passo que as regras de ordem publica interna podem deixar de ser de ordem publica internacional, pelo contrario, as d'esta pertencem sempre áquella, e ainda por maioria de razão.

A tendencia, a que obedeceu a noção de ordem publica internacional, é manifesta: o odio ás leis extrangeiras desappareceu, e comprehendeu-se que a sua applicação era reclamada pelos principios de justiça; as duas noções de ordem publica, interna e internacional, separaram-se; a soberania purificou-se, abandonando ao direito privado as antigas idéas de *dominium;* a economia e a moral produziram certos preceitos communs. Tudo isto devia exercer uma influencia decisiva na idéa de ordem publica restringindo-a, e o movimento declarou-se logo na doutrina e na jurisprudencia.

A comprehensão dos *interesses geraes,* constante base da noção de ordem publica, transformou-se com a transformação dos elementos que actuavam na sua constituição.

A noção entretanto é vaga e por isso perigosa: o imparcial exame do titulo que fundamenta a obsercia das leis extrangeiras; o verdadeiro entendimento

da idéa de soberania; e a distincção entre o caracter e effeitos da derogação d'uma lei devida á vontade das partes, e o caracter e effeitos da mesma derogação devida á lei extrangeira, elucidarão poderosamente o conhecimento dos *interesses geraes*[1].

II

SUMMARIO. — Transição para a fallencia — Legislação comparada — O problema da fallencia em direito internacional privado.

As considerações expostas têm larga applicação em materia de fallencia. A importancia d'esta instituição é-nos attestado pela attenção com que todos os legisladores a estudam.

A variedade de interesses que n'um determinado momento se podem achar mais ou menos comprpromettidos; a posição especial do devedor, collocado pelo acaso, pela imprudencia ou pela fraude em situação embaraçosa; a perturbação produzida pela falta de

[1] Sr. dr. Guimarães Pedroza, *ob. cit.*, pag. 245 — Savigny, *Traité de droit romain*, vol. VIII, pag. 27 — Despagnet, *ob. cit.*, pag. 171 — Weiss, *ob. cit.*, pag. 245 — Boissarie, *Thèse pour le doctorat* — Fiore, *Le droit international privé*, trad. Ch. Antoine, vol. I, pag. 266.

execução dos compromissos tomados, — tudo isto fez com que o legislador organisasse, para satisfazer as exigencias d'estas circumstancias, um processo collectivo, estabelecendo, salvas legitimas preferencias, uma rigorosa egualdade entre os credores, terminando por uma sentença com auctoridade geral, e tendo por fim dar a mais larga satisfação possivel a todos os direitos legitimos.

Importa, com effeito, que o devedor cesse com as suas operações e com a administração dos seus bens, para não illudir o publico a respeito da situação real em que se encontra, nem comprometter mais o penhor commum dos credores, já augmentando o seu passivo e diminuindo o seu activo, já protegendo certos credores em prejuizo dos outros.

Mas, por outro lado, é tambem justo e conforme aos interesses bem entendidos dos proprios credores proteger o devedor, quer concedendo alguns beneficios áquelle para quem a sorte foi adversa, quer collocando-o em circumstancias de poder melhorar a sua situação.

Sem discutir se esta instituição deve ou não ser applicada aos devedores civis, é facil comprehender qual será a sua importancia n'uma ordem de relações, cuja principal força está no credito e na boa fé dos contractantes. E, como o commercio, longe de limitar as suas operações ás fronteiras d'um estado, é por essencia cosmopolita, interessa especialmente, pela sua frequencia e pela sua importancia, o estudo da questão da fallencia, quando o devedor tenha

bens, estabelecimentos, ou credores em paizes extrangeiros.

Um exame comparativo das diversas leis sobre fallencia mostra-nos que um certo numero de idéas tem sido uniformemente acceito pelos legisladores em relação a esta materia.

A unidade no processo, a generalidade nos effeitos e a egualdade no tratamento dos credores, salvo legitimas preferencias, constituem o edificio commum sobre que a instituição assenta. Em razão da gravidade das consequencias produzidas pela declaração da fallencia exige-se a intervenção da justiça; pelas suspeitas que o devedor levanta concorda-se em prival-o da administração dos bens, impôr-lhe determinadas incapacidades[1] e estabelecer um periodo de suspeição, procurando assim salvaguardar quanto possivel os direitos de todos os interessados legitimos.

Entretanto, a par d'estas analogias, encontram-se tambem divergencias que convem referir.

Não é meu intento fazer um estudo de legislação comparada, incompativel com os limites d'este livro, mas nem por isso deixarei de apresentar, a titulo de

[1] Por brevidade, e não por classificar a fallencia no estatuto pessoal, emprégo o termo *incapacidade* a fim de designar a inaptidão legal do fallido para praticar certos actos. (Veja-se o Capitulo primeiro § 1).

exemplo, alguns preceitos que cabalmente justificam a minha asserção [1].

Entre as disposições relativas á fallencia occupa o primeiro logar aquella em que os legisladores procuram estabelecer o criterio que deve indicar aos tribunaes o estado financeiro do devedor.

Comquanto n'esta materia as desharmonias não sejam, de ordinario, grandes, é forçoso confessar que ainda se não conseguiu um completo accordo.

O codigo commercial portuguez exige, como condição necessaria para a declaração da quebra, a *cessação de pagamentos de obrigações commerciaes* ou *a justificação da manifesta insufficiencia do activo para satisfação do passivo* [2].

[1] Leis extrangeiras referidas no texto: HESPANHA, *Codigo de commercio de 22 de agosto de 1885* — FRANÇA, *Leis de 28 de maio de 1838 e de 4 de março de 1889* — BELGICA, *Leis de 18 de abril de 1851, 26 de dezembro de 1882, 20 de junho de 1883 e 23 de dezembro de 1885* — ITALIA, *Codigo de commercio de 2 de abril de 1882* — BRAZIL, *Codigo commercial de 25 de junho de 1850* — ALLEMANHA, *Lei de 10 de fevereiro de 1877*. (A Allemanha só por esta lei conseguiu a sua unificação legislativa em materia de fallencia) — AUSTRIA, *Lei de 25 de dezembro de 1868 completada e modificada por duas leis de 16 de março de 1884* — HUNGRIA, *Lei de 1 de janeiro de 1882* — INGLATERRA, *Lei de 25 de agosto de 1883*.

[2] *Art. 692*: «O commerciante que cessa pagamentos de suas obrigações commerciaes presume-se em estado de quebra, que deve ser judicialmente declarada.

§ unico. Antes da cessação de pagamentos póde tambem declarar-se a quebra com audiencia do fallido, justificada que seja previamente a manifesta insufficiencia do activo para satisfação do passivo».

A lei allemã fundamenta-a na *insolvabilidade*, presumindo esta em caso de *cessação de pagamentos* [1].

O codigo hespanhol adopta como criterio a *cessação de pagamentos* [2] e, segundo parece, para prova d'este estado equipara as dividas civis ás commerciaes [3].

O codigo de commercio francez exige a *cessação de pagamentos* e a jurisprudencia accrescenta que deve ser relativa a *obrigações commerciaes* [4].

Em Italia, o legislador declarou expressamente que a *cessação de pagamentos* devia referir-se a *obrigações commerciaes* [5].

A Belgica, estabelecendo tambem como fundamento da fallencia a *cessação de pagamentos*, permitte, comtudo, que esta se refira a dividas civis, quando possam abalar o credito do commerciante. Este preceito resultou d'uma transigencia reciproca entre a Camara dos Representantes que exigia a fallencia em caso de falta de pagamento de dividas civis, e o Senado que seguia opinião contraria [6].

[1] *Art. 94:* «La déclaration de la faillite suppose l'insolvabilité du failli. Il y a notamment présomption d'insolvabilité en cas de cessation de payements» *(trad. Stelian).*

[2] *Art. 874:* «Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones».

[3] Romero y Giron, *El nuevo código de comercio,* nota ao art. 875.

[4] *Art. 437:* «Tout commerçant qui cesse ses payements est en état de faillite».

[5] *Art. 683:* «Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obligazioni commerciali è in istato di fallimento».

[6] *Art. 437:* «Tout commerçant qui cesse ses payements et dont le crédit se trouve ébranlé, est en état de faillite.»

Finalmente, a Inglaterra adoptou sobre o assumpto parecer um pouco differente do partilhado pelas legislações continentaes. Ao passo que estas para designar o facto caracteristico da fallencia empregam a expressões geraes,—*cessação de pagamentos* ou *insolvabilidade,*— deixando ao juiz a apreciação da sua existencia segundo as circumstancias diversas do caso, o legislador inglez determinou limitativamente as causas a que os tribunaes devem attender [1].

Se do criterio presumptivo do estado de fallencia passarmos a examinar quaes as partes competentes para a requerer, teremos occasião de fazer observações analogas ás que já notámos.

Tres são os factores que o problema da fallencia põe em presença: credores, devedor e tribunal.

Quanto aos credores todas as legislações lhes dão o direito de provocar a fallencia. Entretanto, ainda certas especialidades as distinguem: o legislador portuguez e o italiano julgaram dever excluir os descendentes, ascendentes e conjuge [2]; o legislador inglez, entre outras particularidades, restringiu este direito aos credores de quantia não inferior a 50 libras ester-

[1] Estas causas são enumeradas no art. 4 da lei de 1883 sob o nome de *acts of bankruptcy*.

[2] *Cod. com. portuguez, art. 696, § unico:* «Não serão admittidos a requerer a declaração da quebra de qualquer commerciante os seus descendentes, ascendentes ou conjuge».

Cod. com. italiano, art. 687: «Non sono ammessi a chiedere la dichiarazione del fallimento i discendenti, gli ascendenti e il coniuge del debitore».

linas, por entender que só a falta de pagamento de quantia de certa importancia podia produzir no commercio effeitos sensiveis[1].

A faculdade do proprio devedor requerer a sua fallencia é tambem um preceito geral, chegando mesmo algumas leis, como a portugueza, a franceza e a italiana, a transformal-a em obrigação[2].

[1] *Art. 8:* «Pour que ceux-ci (les créanciers) puissent demander la déclaration de faillite, il faut: *a.* Que le demandeur (ou les demandeurs réunis) soit créancier de 50 livres sterling au moins; *b.* Que la créance du demandeur soit liquide, exigible ou à terme; *c.* Que, si la créance est garantie par une sûreté réelle, le créancier se conforme aux conditions spéciales determinées par la loi». — *(trad. Lyon-Caen).*

[2] *Cod. com. portuguez, art. 697:* «A apresentação do estado de quebra pelo proprio fallido é obrigatoria para este nos dez dias seguintes á cessação de pagamentos, sob pena de se presumir culpa na quebra».

Cod. com. francez, art. 438, (alterado conforme determina o art. 23 da lei de 4 de março de 1889): «Tout failli sera tenu, dans les quinze jours de la cessation de ses payements, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce de son domicile. Le jour de la cessation de payements sera compris dans les quinze jours».

Cod. com. italiano, art. 686: «Il fallito entro giorni tre dalla cessazione dei pagamenti, compreso quello in cui cessarono, deve farne la dichiarazione nella cancelleria del tribunale di commercio designato nell'articolo precedente».

— Actualmente, a legislação ingleza concede tambem ao devedor o direito de requerer a propria fallencia.

Esta prerogativa era-lhe, porém, negada pela antiga lei de 31 de dezembro de 1869, cuja disposição o espirito da fallencia in-

Finalmente, certas legislações concedem ao tribunal o direito de declarar a fallencia *ex-officio*, tomando medidas para tornar conhecido o estado financeiro do commerciante[1].

Um estudo semelhante quanto aos effeitos da fallencia, quer em relação á pessoa do fallido, quer em relação aos seus bens; quanto ás differentes especies

gleza explica sufficientemente. De facto, paiz por essencia commercial, a Inglaterra comprehendeu que um espirito emprehendedor não devia ficar inutilisado pelo primeiro contratempo; querendo transformar um presente embaraçoso n'um futuro livre, declarou o credito esgotado pelo direito ao respectivo dividendo. Por isso, segundo a lei ingleza, as incapacidades que a fallencia produz cessam não sò quando o fallido tenha pago todas as suas dividas, mas ainda quando tenha obtido do tribunal uma sentença especial *(order of discharge)*, declarando ser a fallencia devida a acontecimentos imprevistos. Este espirito de favor para com o commerciante fez que se negasse aos devedores a iniciativa d'uma situação que por muito favoravel podia dar logar a abusos.

Não seguiu, porém, este caminho a moderna lei de 1883, pois concedeu ao devedor o direito de requerer a propria fallencia. Entretanto, para compensar esta liberalidade e evitar abusos que a antiga pratica tinha manifestado, o legislador procurou cercar o processo de maiores garantias, tornando-o mais moroso.

[1] *Cod. com. francez, art. 440:* «La faillite est declarée par jugement du tribunal de commerce, rendu, soit sur la déclaration du failli, soit à la requête d'un ou plusieurs créanciers, soit d'office. Ce jugement sera exécutoire provisoirement».

Cod. com. italiano, art. 684: «Il fallimento è dichiarato con sentenza pronunciata sulla dichiarazione del fallito, o ad istanza di uno o più creditori, o d'ufficio».

de credores privilegiados; quanto ás operações da fallencia, especialmente pelo que respeita á escolha dos agentes encarregados da administração da massa e á respectiva fiscalisação; e emfim quanto á rehabilitação do fallido, continuaria a mostrar, a par de constantes analogias, constantes diversidades[1].

Do exposto se vê que em materia de fallencia o direito internacional frequentes vezes deve ser chamado a determinar as competencias das diversas leis. Entretanto, embora a respeito d'esta instituição

[1] Para informações mais detalhadas sobre o assumpto consulte-se: Léonce Thomas, *Études sur la faillite*, pag. 8 e seg.—Vidari, *Corso de diritto commerciale*, vol. VIII, pag. 100—Stelian, *La faillite*, pag. 17 e seg.—Lyon-Caen, *Tableau des lois commerciales*—Thaller, *Des faillites en droit comparé*, vol. I, pag. 73 e seg., e vol. II—Léonel Oudin, *Le code de commerce international*, pag. 2 e seg. e pag. 15 e seg.

—A legislação extrangeira citada no texto encontra-se em: Romero y Giron, *El nuevo codigo de comercio* (HESPANHA)—Roger & Sorel, *Code de commerce;* Coulon, *Législation nouvelle des faillites* (FRANÇA)—Ernest Lehr, *Droit civil anglais;* Lyon-Caen, *Annuaire de législation étrangère*, anno XIII, pag. 77 (INGLATERRA)—Bufnoir, *Ann. de leg. etrang.*, anno XI, pag. 320 (HUNGRIA)—Challamel, *Ann. de lég. étrang.*, anno XIV, pag. 304 (AUSTRIA)—Gerardin, *Ann. de lég. étrang*, anno IX, pag. 108 (ALLEMANHA—A legislação especial dos differentes estados acha-se traduzida e annotada por Daguin n'este mesmo volume, pag. 204 e seguintes).—*Codice di commercio*, ed. Barbèra (ITALIA).

se conseguisse uma absoluta uniformidade, as difficuldades não desappareceriam completamente, porque sempre restava saber qual o effeito que devia produzir no extrangeiro a fallencia pronunciada em determinado paiz. É este o assumpto que a ordem logica das idéas colloca em primeiro plano: deve a fallencia ser limitada pelas fronteiras do paiz onde a sentença foi pronunciada, ou deve, pelo contrario, extender-se a todos os credores, bens e estabelecimentos, qualquer que seja o paiz em que se achem?

A questão não é nova; de ha muito, que a sua difficuldade e importancia vem chamando a attenção dos maiores jurisconsultos.

Por ella começarei, pois, o estudo do grave problema que a fallencia suscita, quando considerada debaixo do ponto de vista do direito internacional.

CAPITULO PRIMEIRO

EFFEITOS INTERNACIONAES DA FALLENCIA

I

SUMMARIO.— A fallencia na theoria dos estatutos; auctores que a classificam no estatuto pessoal; auctores que a classificam no estatuto real; auctores que distinguem disposições relativas ao estatuto pessoal e disposições relativas ao estatuto real — A theoria dos estatutos — Critica geral das opiniões expostas — Observações relativas ás doutrinas de alguns escriptores.

Quasi todos os escriptores antigos lançaram mão da theoria dos estatutos, procurando vêr se era a personalidade ou a realidade que predominava nas disposições relativas á fallencia.

A sciencia moderna ainda não abandonou do todo este campo.

— Alguns partidarios da velha theoria do direito internacional, estudando os effeitos produzidos pela fallencia relativamente á pessoa do devedor, viram n'ella uma instituição cuja natureza a fazia agrupar

no estatuto pessoal. A fallencia alterava a capacidade do commerciante, sendo julgada comparavel á interdicção e até á morte civil.

Por isso escreve o cardeal de Luca: «Decoctio habet vim mortis atque decoctus habetur pro mortuo[1]».

N'este sentido se pronunciam tambem Stracca[2] e Scaccia[3].

Para Bertauld a sentença declaratoria de fallencia dá logar a uma situação especial que affecta a pessoa do fallido e que só d'um modo indirecto interessa os seus bens; não se trata d'uma condemnação mas sim d'uma questão de estado[4].

Foelix agrupa egualmente as leis sobre fallencia no estatuto pessoal quando diz: «O individuo interdicto no seu paiz, e por isso incapaz, é-o tambem em paiz extrangeiro. O mesmo succede ao fallido declarado tal na sua patria, assim como ao ausente[5]».

Identicos principios affirma Merlin escrevendo: «Sem duvida, a lei em virtude da qual o commerciante M... tinha sido declarado em estado de fallencia pelo juiz do seu domicilio pertencia ao estatuto pessoal[6]».

Entretanto, se estes auctores concordam em classi-

[1] *De cambiis*, diss. XXXII, n.º 15, cit. por Léonce Thomas.

[2] *De decoctoribus*, 3.ª parte n.º 28, cit. por Léonce Thomas.

[3] *Tractatus de commerciis et cambio*, § II, glos. V, n.º 329.

[4] *Questions pratiques et doctrinales de code Napoléon*, vol. I, n.os 156 bis, 157 e 204.

[5] *Traité de droit international privé*, vol. I, n.º 89.

[6] *Répertoire de jurisprudence*, 5.ª ed., v.º «faillite», secção II, § II, art. X.

ficar a fallencia no estatuto pessoal, nem por isso é identico o caminho que seguem no desenvolvimento das suas doutrinas.

Bertauld, equiparando a fallencia ás sentenças extrangeiras proferidas sobre questões de estado, concede-lhe effeitos exterritoriaes independentemente de *exequatur*, salvo quando se tratar de actos de execução propriamente ditos, não devendo, comtudo, o juiz, ainda n'este caso, entrar no exame do merito do julgamento [1].

Foelix vê na declaração de fallencia um acto de jurisdicção graciosa, concluindo por isso que deve produzir certos effeitos exterritoriaes sem dependencia de previa concessão de *exequatur;* attribue, porém, competencia aos tribunaes locaes para a apreciação contradictoria da questão, quando se derem factos que imprimam ao processo o caracter contencioso.

«Os administradores nomeados pela sentença declaratoria da fallencia... podem exercer no extrangeiro os direitos da massa... sem necessidade de fazer declarar executorias as respectivas sentenças, visto limitarem-se estas a attribuir competencia para fazer valer direitos d'uma terceira pessoa.

O processo póde, todavia, passar para o dominio da jurisdicção contenciosa, caso se apresentem questões differentes das da prova da qualidade dos administradores e do seu direito de obrar no interesse da massa.

Assim, quando um credor, contestando o estado de

[1] *Ob.* e *log. cit.*

fallencia, exercer acções individuaes contra a pessoa ou bens do fallido, que se achem n'um Estado que não seja o da situação do seu domicilio e da abertura da fallencia, os tribunaes julgarão contradictoriamente o merito da propria declaração, isto é, a questão de saber se o estado de fallencia existe na realidade, determinando egualmente a epocha em que ha de ser fixada a data da sua abertura.

O processo tornar-se-ha tambem contencioso, quando o fallido invocar o caso julgado pela sentença declaratoria de fallencia para evitar as acções individuaes exercidas contra elle n'um outro Estado, em face de cuja legislação se decidirá que effeitos exterritoriaes esse caso julgado deve produzir [1]».

Finalmente, Merlin dá força pelo menos provisoriamente á sentença declaratoria de fallencia, já acceitando o facto que ella prova, já reconhecendo os poderes do administrador da massa. Relativamente, porém, á validade das alienações realisadas em França por um devedor declarado fallido no extrangeiro estabelece Merlin os seguintes principios: — se o comprador ignorava a declaração da fallencia e o desequilibrio financeiro do vendedor, a boa fé validará o contracto, — se pelo contrario tinha conhecimento da existencia da fallencia, propondo-se, comtudo, provar a illegalidade de tal declaração, serão admittidas as suas allegações, resolvendo-se o caso como fôr de justiça, — se emfim o comprador sabia que practicava

[1] *Ob. cit.*, v. II, n.º 468.

um acto fraudulento em prejuizo dos direitos dos credores, soffrerá as consequencias da nullidade resultante da fraude. A boa fé representa, pois, um papel dominante na doutrina, segundo a opinião d'este auctor[1].

— Entretanto, outros escriptores, egualmente partidarios da theoria dos estatutos, seguem um parecer diametralmente contrario ao que até aqui tenho exposto.

Opinando que o objecto principal das leis sobre fallencia é o patrimonio do devedor e não a sua pessoa, concluem ser o estatuto real o que melhor convem á natureza juridica da instituição.

Assim diz Casaregis: «Quia dispositio vel effectus principaliter versatur circa res et bona decocti creditoribus distribuenda, licet loquatur in personam[2]».

Tambem Rocco affirma que a fallencia pertence ao estatuto real, visto que nenhuma incapacidade pessoal do fallido se póde separar das suas relações juridicas com os bens[3].

Thaller segue ainda a mesma opinião: «não se refere (a fallencia) á pessoa mas aos bens, ou se a pessoa soffre a sua acção por um effeito reflexo é unicamente quanto á faculdade de transigir sobre os bens sequestrados[4]».

[1] *Ob.* e *log. cit.*

[2] *De commercio*, disc. cxxx, n.º 17, cit. por Léonce Thomas.

[3] *Diritto civile internationale*, 3.ª parte, cap. xxxi, cit. por Léonce Thomas.

[4] *Ob. cit.*, vol. 2, pag. 354.

Entretanto, Thaller, a fim de evitar as discussões a que póde dar logar a theoria dos estatutos, não quer invocar para defender a these da pluralidade os caracteres que em seu parecer fazem agrupar a fallencia no estatuto real. Guia-se, pois, por outras idéas e estabelece como asserção fundamental que a sentença declaratoria da fallencia é essencialmente uma sentença de execução e, como tal, uma sentença imminentemente territorial.

Ripert [1] e Léonce Thomas consideram tambem a fallencia como fazendo parte do estatuto real. «O resultado, escreve este ultimo, que (a fallencia) procura immediatamente é a garantia dos interesses dos credores e a egual repartição entre elles do patrimonio do devedor. Tudo nas regras que a governam se dirige para este fim, e a propria incapacidade pessoal do fallido não é senão um meio de o conseguir. Tem, pois, por objecto predominante os bens do fallido, constitue um meio de execução posto ao serviço dos credores não pagos, uma especie de *venditio bonorum* com a particularidade de abranger ao mesmo tempo os bens futuros e os bens presentes do devedor. Não se deve d'aqui concluir que as leis que a regem, do mesmo modo que todas as execuções sobre os bens, entram no estatuto real? Tal é, cremos nós, a unica these racional e conforme á natureza juridica da fallencia; é a adoptada pela grande maioria dos auctores, e

[1] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1877, pag. 705, cit. por Léonce Thomas.

a expressamente consagrada pela jurisprudencia italiana [1]».

Mas, se os escriptores cujas opiniões acabo de referir estão de accordo quanto á natureza juridica de fallencia, grandes divergencias os separam pelo que respeita aos resultados a que chegam.

Thaller, acceitando todas as consequencias logicas da doutrina que estabelece, limita os effeitos da fallencia aos bens situados no paiz em que a sentença foi pronunciada. A fallencia é uma execução e, como toda a execução, imminentemente territorial; para os bens situados no extrangeiro, sem distinguir entre moveis e immoveis, deve-se exigir uma nova fallencia; um simples *exequatur* seria absolutamente incompativel com a natureza da instituição.

Conseguintemente, é permittido declarar n'um Estado a fallencia de um extrangeiro sem ter que investigar se elle já foi ou não declarado fallido no paiz da sua nacionalidade: a fallencia dirige-se aos bens e por isso só a estes é preciso attender; — os credores conservam o direito de propor contra o fallido acções individuaes relativamente aos bens situados nos paizes extrangeiros, onde a fallencia não tiver ainda sido especialmente declarada; — a fallencia extrangeira não recommenda nem exclue a nacional: a respeito dos bens situados nos diversos Estados a justificação será adduzida em conformidade com as

[1] *Ob. cit.* pag. 85.

respectivas leis; — os credores extrangeiros têm os mesmos direitos que os nacionaes; — as questões relativas á constituição da propriedade mobiliaria e immobiliaria são decididas segundo a *lex rei sitae;* — finalmente as soluções de fallencia devem ser territoriaes como a propria fallencia.

Entretanto Casaregis, apezar de ver na fallencia um estatuto essencialmente real, admitte os seus effeitos exterritoriaes sob condição de *exequatur*. Tambem Rocco, depois de se ter pronunciado pela realidade, diz: «o devedor declarado em fallencia pelos nossos tribunaes será olhado como tal no territorio do reino, mas quanto aos seus bens situados no extrangeiro será considerado differentemente; a sua incapacidade desapparece e o resto da sua fortuna não será envolvido da mesma maneira nas consequencias da fallencia... as alienações de immoveis situados fóra do Estado, as constituições de direitos reaes sobre os mesmos bens, assim como os pagamentos feitos aos credores extrangeiros, têm plena efficacia, *emquanto a sentença de fallencia não fôr declarada executoria no paiz onde estes immoveis se acham e estes pagamentos têm sido effectuados* [1]».

Ripert e Léonce Thomas seguiram na materia um parecer que merece especial menção. Este ultimo começa por estabelecer, como já notei, que a fallencia faz parte do estatuto real; mas, occupando-se

[1] Consulte-se Stelian, *ob. cit.*, pag. 167, e Thaller, *ob. cit.*, vol. 2, pag. 353, nota.

n'outro capitulo dos effeitos que deve produzir a sentença pronunciada no extrangeiro quanto ás acções exercidas contra o fallido, escreve: «Em principio, esta sentença (de fallencia), quando emana de uma jurisdicção extrangeira, considera-se não existente em França, *emquanto não é declarada executoria*. Isto só é, de resto, a applicação a um caso particular da regra, segundo a qual o poder de que os juizes são investidos para estatuir a respeito das contestações e a auctoridade ligada ás suas decisões emanam do poder soberano e não podem, em virtude da independencia reciproca das nações, extender-se além do paiz em que esta soberania se exerce [1]».

Os credores não perdem, pois, o direito de propôr acções individuaes contra o fallido; podem cital-o pessoalmente sem que nem este, nem os administradores da massa, tenham o direito de oppôr a incompetencia resultante da fallencia. Do mesmo modo, ser-lhes-ha concedido o direito de fazerem penhoras nos bens do devedor, não desconhecendo, comtudo, esta faculdade por completo a fallencia extrangeira, visto ficar a acção da penhora limitada a uma medida meramente conservatoria.

Entretanto, para com os bens immoveis não é Léonce Thomas tão liberal; estes conseguem suscitar ao illustrado escriptor todos os escrupulos d'uma meticulosa attenção pelo que suppõe exigir a soberania nacional; por isso vai mais longe, não se contenta

[1] *Ob. cit.*, pag. 93.

com um simples *exequatur*, exige uma nova declaração de fallencia.

Ao contrario, os bens moveis ficarão sujeitos ao regimen da fallencia extrangeira, comtantoque se tenha obtido previo *exequatur* para a respectiva sentença.

Esta distincção entre os moveis e os immoveis é justificada com as seguintes palavras de Ripert: «Um motivo de duvida parece, entretanto, resultar da propria noção que demos da fallencia. Dissémos ser esta uma execução; ora está-se geralmente de accordo em que, debaixo do ponto de vista dos modos de execução, tanto os moveis como os immoveis que os extrangeiros possuem em França estão submettidos ao estatuto real francez. Todavia, esta duvida não permanece por muito tempo perante um exame mais attento dos principios. Segundo uma opinião quasi unanimemente acceita, para saber a que lei obedecem os moveis, de que os extrangeiros são proprietarios em França, deve fazer-se a seguinte distincção: se são considerados individualmente, é necessario attender á sua situação; se, pelo contrario, são apreciados no seu conjuncto, como parte integrante do patrimonio, é necessario attender, segundo uns ao domicilio, segundo outros á nacionalidade do proprietario. Por consequencia, quando se diz que só a lei franceza regula as execuções sobre os moveis, suppõe-se fallar de acções abrangendo apenas bens isolados. Sendo assim, visto que a fallencia, ao contrario das outras execuções, abraça a universalidade do patri-

monio, deve concluir-se que não ha logar para applicar, debaixo d'este ponto de vista, aos moveis situados em França as disposições da lei franceza e, portanto, que estes moveis entram na massa da fallencia extrangeira [1]».

Entretanto Léonce Thomas, apesar de ter começado por agrupar a fallencia no estatuto real, vai depois, de liberalidade em liberalidade, até reconhecer alguns effeitos exterritoriaes á sentença declaratoria, *mesmo independentemente de qualquer exequatur*. «Concorda-se de ha muito em admittir que a sentença extrangeira declaratoria de fallencia deve produzir em França alguns effeitos, *ainda antes de ter sido declarada executoria*».

Succederá assim, em primeiro logar, quando a pesssoa contra a qual se quer intentar alguma acção reconheceu voluntariamente a existencia da fallencia, tendo, por exemplo, apresentado á verificação os seus titulos de credor.

Tambem, independentemente de *exequatur*, a sentença certificará, até prova em contrario, a existencia da fallencia e a data da sua abertura.

Egualmente se estabelece não ser o *exequatur* necessario para que os administradores exerçam os seus poderes em França: em principio, podem praticar os mesmos actos que no paiz onde a fallencia foi declarada. Conseguintemente, podem não só representar o fallido em justiça, mas ainda praticar actos conser-

[1] *Ob. cit.*, pag. 98.

vatorios dos direitos da massa, cobrar creditos do fallido e até promover a venda dos seus bens situados em França.

Esta doutrina é justificada pelo caracter gracioso do processo e pela qualidade de mandatarios que deve ser attribuida aos administradores.

Mas o *exequatur* tornar-se-hia necessario, caso o facto da declaração da fallencia, ou da nomeação dos administradores, fosse contestado perante o tribunal francez [1].

— Um terceiro grupo de escriptores nem considera a fallencia como fazendo parte do estatuto real, nem tão pouco a classifica no estatuto pessoal.

Na multiplicidade de disposições que constituem a instituição vêem estes auctores decisões, cujas naturezas muito diversas não permittem que sejam incorporadas no mesmo estatuto: as que se referem directamente á pessoa do fallido entram naturalmente no estatuto pessoal; ao contrario, as que são relativas aos bens fazem parte do estatuto real.

Assim, o estado de fallencia será regido pelo estatuto pessoal quanto aos actos em relação aos quaes o fallido se torna pessoalmente incapaz; n'estes termos, o commerciante declarado fallido não poderá em França ser admittido na Bolsa; se os direitos civis lhe são franqueados, não os poderá exercer, etc.

Quanto, porém, aos actos que só lhes são prohi-

[1] *Ob. cit.*, pag. 104 e seg.

bidos relativamente aos seus bens e no interesse dos credores, a fallencia será regulada pelo estatuto real; segue-se d'aqui que o commerciante, cuja fallencia foi declarada em determinado paiz, póde vender os bens moveis e immoveis situados em paiz extrangeiro porque, se é verdade dizer-se que a lei, dirigindo uma prohibição a uma pessoa ou ferindo-a de incapacidade, abraça por isso mesmo os bens collocados sob o seu imperio, caso elles se tornem o objecto d'um acto prohibido, isto não se deve entender senão a respeito dos bens que a mesma lei póde attingir.

Tal é a doutrina exposta por Massé [1], adoptada tambem por Demangeat [2] e por Bonfils [3].

E, como a fallencia, privando o fallido da administração dos seus bens e attribuindo á massa os direitos individuaes de cada credor, constitue um estatuto real que só póde affectar os bens situados no paiz onde foi aberta, deve inferir-se não bastar um simples *exequatur* para submetter os bens situados no extrangeiro ao novo regimen. «Seria para isso necessario que a fallencia já declarada em paiz extrangeiro fosse aberta em França, e portanto que o fallido ahi tivesse um estabelecimento commercial, uma residencia, ou, pelo menos, praticasse actos de

[1] *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*, ed. 1844, vol. II, n.os 61 e 72.

[2] Notas a Foelix, *Traité de droit international*, vol. II. pag. 208.

[3] *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, n.º 246, pag. 211.

commercio que o sujeitassem á jurisdicção dos tribunaes francezes [1]».

Fique, porém, entendido ser este rigor só applicavel ás disposições da fallencia que pela sua natureza devem ser agrupadas no estatuto real.

Os administradores da massa fallida são considerados como simples mandatarios, reconhecendo-se-lhes por isso certa acção, mais ou menos extensa, no extrangeiro [2].

Finalmente, Hanquet segue a opinião de Massé quanto á distincção entre as disposições pertencentes ao estatuto pessoal e as relativas ao estatuto real, e adopta ao mesmo tempo o parecer de Ripert ácerca da differença entre bens moveis e immoveis.

[1] Massé, *ob. cit.*

[2] Massé, na 1.ª edição da sua obra, só considerava o administrador da massa como mandatario quando o devedor se não tivesse opposto á abertura da fallencia; em caso contrario, negava-lhe este caracter, por considerar a fallencia uma verdadeira condemnação. Mas, na 3.ª edição, abandonou esta distincção, considerando o administrador em ambos os casos como mandatario. «Penso mesmo, depois d'um exame mais profundo, que identico parecer (equiparação da sentença declaratoria de fallencia a um mandato conferido aos administradores) se deve adoptar embora a declaração da fallencia tenha sido proferida por um tribunal extrangeiro com opposição do fallido ou dos seus representantes, porque, ainda n'este caso, constitue menos uma condemnação propriamente dicta que um mandato concedido pelo juiz extrangeiro aos administradores, mandato que estes podem executar em França, quer promovendo a cobrança dos creditos do fallido, quer obrando em seu nome». (*Ob. cit.*, ed. 1861, vol. II,

Os administradores da massa fallida são tambem considerados como mandatarios: «Ainda que recusemos, em these geral, todo o effeito á sentença extrangeira declaratoria de fallencia, emquanto não se obtiver *exequatur*, pensamos que deve reconhecer-se em França a nomeação dos administradores realisada no extrangeiro, concedendo-se-lhes todos os poderes que não digam respeito á execução da sentença [1]».

Assim, conforme os casos, haverá absoluta necessidade de nova declaração de fallencia, bastará um simples *exequatur*, ou deverá, mesmo sem esta formalidade, observar-se plenamente a sentença extrangeira.

Taes são as opiniões produzidas, relativamente á natureza da fallencia, pelos escriptores ainda partidarios das velhas idéas que durante seculos dominaram o direito internacional.

Nos ultimos annos a theoria dos estatutos tem manifestamente perdido terreno. Mas as suas raizes eram muito fundas, os nomes que ainda a defendem são muito auctorisados, para que possa ser posta de parte com facilidade.—A critica tem aqui exigencias especiaes.

O nome da theoria classica do direito internacional

pag. 78—Veja-se tambem Dubois, nota 61 a Carle, *La faillite dans le droit international privé*, pag. 55).

[1] *De la faillite dans les rapports internationaux*, pag. 129.

faz logo lembrar as antigas cidades e provincias italianas, com as suas leis particulares que na edade media foram conhecidas pela denominação de *estatutos*. O estado politico e social, em que a Italia se encontrou n'esta epocha, explica claramente a origem da theoria. As suas cidades, ricas, populosas, de genio aguerrido, mostraram precoce desejo de liberdade; as suas escolas florescentes encarregaram-se de divulgar os estudos do direito romano; a sua vida, constantemente alimentada por um espirito commercial, cada vez mais desenvolvido, deu-lhe especial orientação. Por um lado, a frequencia de relações entre as pequenas republicas que a compunham, e a diversidade dos estatutos que as regiam, provocaram amiudadas duvidas sobre competencia legislativa; por outro lado, a elevada cultura intellectual de alguns professores distinctos forneceu adequado meio para a sua solução.

Perante os conflictos suscitados entre os estatutos, os juristas podiam proceder de dois modos: declarar a sua absoluta territorialidade, ou admittir em cada caso, segundo a natureza da respectiva relação juridica, a preponderancia do que melhor lhe conviesse. O primeiro traduziria fielmente o principio feudal da soberania dos Estados; o segundo era aconselhado pelas necessidades do commercio e pelo espirito equitativo do direito romano. Como a influencia pertencia ao commercio e ao direito romano foi n'este ultimo caminho que se entrou [1].

[1] Lainé, *ob cit.*, vol. I, pag. 103.

A nova sciencia constitue-se pouco a pouco, recebendo um primeiro grande impulso da doutrina ensinada por Bartolus.

Mas não começou por obedecer a um plano preconcebido; os juristas resolviam as difficuldades, estudando a natureza de cada relação juridica, guiados pelas simples luzes do bom senso. Examinaram as questões relativas aos contractos, aos quasi-contractos, aos delictos, aos testamentos, ás successões, etc.; e, levando mais longe a sua analyse, estudaram as fórmas dos actos, a sua substancia, o processo, as provas e a capacidade das partes. N'esta primeira phase a theoria dos estatutos foi principalmente representada pelos nomes illustres de Bartolus, Baldus, Bartholomaeus a Saliceto e Dumoulin. Não se prenderam estes escriptores com a divisão systematica de todas as leis em duas classes. O espirito com que fizeram as suas investigações deu-lhes idéas mais largas; por isso estudaram as questões livremente, sem forçar a sua natureza.

Entretanto, o feudalismo tinha ainda no direito civil bases muito seguras para deixar repentinamente levar de vencida o principio da territorialidade das leis. A França, sobretudo, encarregou-se de desviar o movimento liberal que o commercio italiano tão cedo iniciara. À derrocada politica do feudalismo subsistiu a altivez de cada provincia pelo seu direito proprio: foi um principio transmittido ao povo pelos senhores feudaes. Loisel é, pois, simples echo da opinião geral, quando escreve nas suas Institutas «*les coutumes sont réelles.*»

Mas a doutrina italiana dos estatutos era introduzida em França pelos romanistas e ia encontrar-se frente a frente com o principio feudal. Qual venceria? A doutrina italiana? Era impossivel,—o obstaculo legal representava um estado social particular. O principio feudal? Tambem não,—o seu rigor cego exigia attenuantes.

Foi d'Argentré quem deu corpo de doutrina á nova phase em que entrou a theoria dos estatutos. Partindo do adagio «*todos os costumes são reaes,*» estabeleceu a territorialidade da lei como regra geral; attendendo, porém, ás circumstancias especiaes que se davam em certos casos, permittiu, como excepção, a exterritorialidade de algumas disposições. D'aqui a divisão das leis em duas classes: estatuto real e estatuto pessoal. Este teve por fundamento a cortezia e a justiça, aquelle a soberania territorial.

Toda a quaestão do direito internacional privado se reduziu, pois, ao agrupamento das differentes leis em duas unicas classes.

Conseguintemente, não haverá mais necessidade de fazer distincção entre contractos, successões, delictos, testamentos, fórma dos actos, processo, etc. As divisões e sub-divisões, que durante tres seculos serviram de base ás investigações dos juristas italianos, são olhadas como inuteis. O agrupamento das leis em dois estatutos simplifica todas as questões. «Quando se trata de coisas relativas ao solo, isto é, de immoveis ou heranças, quando se tem em vista a alienação ou a acquisição d'estas coisas e ellas estão situadas

em diversos logares, a questão de saber que lei deve ser applicada está resolvida pelo uso da maneira mais certa: a lei a seguir é a local. Cada logar tem as suas leis, os seus estatutos, os seus costumes; é preciso observal-os na extensão do territorio e observar sómente esses; os immoveis não poderiam ser regulados por outro direito que não fosse o do territorio. Deve ser assim nos contractos, da mesma maneira nos testamentos e em todos os actos; nada, quanto aos immoveis, póde decidir-se em virtude das vontades particulares, nem semelhantemente julgar-se contra a lei do logar onde estão situados... Mas outra deve ser a solução quanto ao direito das pessoas, ao qual é preciso ligar o dos moveis que é identico; as pessoas, e com ellas os seus moveis, são regidas pela lei do domicilio [1].»

Admittida a divisão das leis em duas classes tornou-se necessario estabelecer um criterio para a classificação.

Bartolus recorreu aos proprios termos da lei, declarando-a pessoal ou real conforme começava pela designação da pessoa ou da coisa. Este alvitre foi, porém, posto de parte por ter unicamente como fundamento o lado material da redacção.

Depois de bastantes hesitações conseguiu o favor da opinião a seguinte formula de Dumoulin: «*Si sta-*

[1] D'Argentré, *De statutis personalibus et realibus*, n.os 2 e 3, cit. por Lainé, *ob. cit.*, vol. 1, pag. 316.

tutum agit in rem, reale est; si in personam, personale est [1]».

Como, porém, havia leis que ao mesmo tempo se referiam ás pessoas e ás coisas, procurou-se conhecer, para as classificar, qual o seu objecto predominante.

«Por estatuto pessoal entendia-se toda a lei que tinha por objecto immediato a pessoa e seu estado, ainda que contivesse disposições accessorias relativas aos bens; por estatuto real considerava-se toda a lei que tinha por objecto principal as cousas, isto é, os immoveis, ainda que as pessoas ahi interviessem accidentalmente [2]».

Mas admittido este alvitre nem por isso cessaram as duvidas; a investigação do verdadeiro objecto da lei deu logar a controversias interminaveis. A confusão tomou taes proporções que Bouhier chegou a propôr, se considerasse um estatuto pessoal ou real, segundo de facto lhe fossem, ou não, concedidos effeitos exterritoriaes.

Alguns auctores imaginaram resolver as difficuldades offerecidas pela natureza especial de certas leis á sua classicação n'um ou n'outro estatuto, fazendo d'ellas uma categoria á parte que constituia um terceiro grupo.

Mas esta idéa só serviu para augmentar a discor-

1 Despagnet, *ob. cit.*, pag. 148.

2 Sr. dr. Guimarães Pedroza, *ob. cit.*, pag. 185. Consulte-se tambem Rupin, *Du statut réel et personnel*, pag. 72 e seg.

dancia, que em todas as questões se manifestava entre os estatuarios.

«Muitos, escreve o sr. dr. Guimarães Pedroza, combateram e não admittiram o terceiro estatuto: e mesmo os que o acceitaram deram-lhe entendimentos diversos. Para uns abrangia as leis que conjunctamente se referem a pessoas e a cousas; para outros, as que nem a estas nem áquellas respeitam, mas aos actos e contractos, quer na sua fórma, quer na substancia ou disposições; para alguns, emfim, as que simplesmente respeitam ás solemnidades externas ou fórma dos actos.

«A propria denominação de *mixto* soffria vivas contestações. Houve quem lembrasse a de estatuto *neutro,* e outros o chamaram *pessoal-real* para claramente designar a idéa que involvia [1].»

Foram, porém, baldados todos os esforços a fim de fazer vingar um alvitre que só servia para augmentar a antiga confusão. O novo estatuto não explicava coisa alguma, visto que sempre permanecia a duvida sobre os effeitos a attribuir á lei. Por isso pouco ficou da sua passagem, e a idéa foi cahindo em abandono.

O vago das formulas que constituiam a essencia da theoria dos estatutos deu aos seus partidarios uma grande liberdade, e permittiu-lhes que, segundo cada tendencia, dessem manifesta preferencia á realidade ou á personalidade. Alguns, como Jean Voet e Huber, especialmente ligados áquella, chegaram a fundar esta

[1] *Ob. cit.,* pag. 188.

unicamente n'uma concessão graciosa motivado pela *cortezia internacional*.

Mas parece que as proprias difficuldades animaram os combatentes; a theoria dos estatutos fez carreira, durante seculos teve um logar dominante na sciencia, e ainda hoje conta partidarios convictos [1].

A fallencia offerece, como poucas instituições, elementos preciosos para a critica d'esta doutrina: a incerteza das suas formulas, a insufficiencia dos seus dados, a falsidade dos seus principios,—tudo é posto em relevo d'uma maneira manifesta.

Comecei este capitulo fazendo a exposição dos differentes pareceres que os partidarios da theoria dos estatutos têm emittido relativamente á fallencia. Este estudo mostra bem o que os alvitres fornecidos por esta theoria têm de vago; os escriptores que a quizeram seguir encontraram excellentes fundamentos para todas as opiniões; uns julgaram ver no objecto predominante da instituição uma regulamentação juridica das pessoas, e por isso a classificaram no estatuto pessoal; outros, pelo contrario, opinaram que ella se dirigia principalmente a regular a condição

[1] Consulte-se: Sr. dr. Guimarães Pedroza, *ob. cit.*, pag. 177 e seg.—Lainé, *ob. cit.*, vol. I pag. 45 e seg., e vol. II—Weiss, *ob. cit.*, pag. 212 e seg.—Laurent, *Droit civil international*, vol. I, pag. 273 e seg.—Despagnet, *ob. cit.*, pag. 144 e seg.—Rupin, *ob. cit.*, pag. 72 e seg.

juridica dos bens, e n'estes termos decidiram que fazia parte do estatuto real.

Comprehende-se a divergencia: investigar a intenção do legislador para saber se o objecto principal da sua disposição é os bens ou as pessoas, quando quasi sempre se attingem estes dois elementos, é muitas vezes empreza difficil; têm inteiro cabimento apreciações pessoaes, e parece que Froland comprehendeu o papel que no alvitre a tomar ha de ter a inspiração, quando nas suas *Memorias sobre a natureza dos estatutos* começou por invocar as musas.

Froland, attribuindo aos escriptores o que devia antes attribuir á propria doutrina, friza bem o defeito apontado quando, depois de expor os systemas dos seus predecessores, escreve: «Por onde eu começo é por confessar francamente o embaraço em que me encontro, e por me comparar ao doente cujo perigo augmenta pela quantidade de remedios a que recorreu com o fim de se curar, ou ao viajante indeciso perante a multiplicidade de caminhos que se lhe offerecem na floresta que atravessa.

Tal é a minha situação.—Examino a natureza e a qualidade d'um estatuto; doutores d'uma reputação não commum ensinam-me que é *real*, emquanto muitos outros, de não menor erudição, pretendem que é *pessoal*. Continuo o meu trabalho; e seguindo os principios estabelecidos por celebres interpretes do direito, a opinião de muito bons auctores, e a decisão de algumas sentenças, concluo que o estatuto é *pessoal*, mas ao mesmo tempo sou esmagado por uma

multidão de auctoridades e decisões, opinando que é *real*[1]».

—Nenhuma, porém, das opiniões expostas logra convencer-me da sua justiça. É que a doutrina tem ainda outro defeito—é insufficiente.

Na realidade, a fallencia não póde razoavelmente ser incorporada no estatuto pessoal, nem no estatuto real.

Dir-se-ha que a fallencia se reduz a uma *questão de estado?* Mas é uma opinião inacceitavel.

De facto, não se occuparão as questões de estado em determinar a condição juridica do individuo no seio da sociedade? Não será *a pessoa* o objecto essencial das leis que as regulam?

N'estes termos, poder-se-ha dizer que a fallencia é uma *questão de estado?*

Sem duvida, algumas das suas disposições affectam a pessoa do devedor, mas, regulamentar a capacidade d'este, não foi o intuito que o legislador teve em vista. Tudo o que não seja ver n'essas disposições simples meios para auxiliar certo fim é desconhecer o espirito da lei, e escolhel-as para caracterisar a instituição é tomar por guia elementos secundarios.

Será então a fallencia um *estatuto real?*

De modo nenhum.

Estatuto real é o que tem por fim regular a condição juridica dos bens.

[1] Cit. por Lainé, *ob. cit.*, vol. II, pag. 44.

Terá a fallencia este fim? Evidentemente não. O legislador occupa-se, sem duvida, a proposito d'esta instituição do patrimonio do devedor, mas nem por isso é seu intento regular a condição juridica d'esse patrimonio.

O objecto directo e immediato da fallencia está na salvaguarda dos interesses compromettidos, primeiro pela conservação do patrimonio do devedor, depois pela liquidação, e finalmente pela repartição proporcional entre os credores. Ver n'isto uma regulamentação da condição juridica dos bens é falsear por completo o sentido natural das palavras, é, em resumo, tomar os meios pelos fins.

Não se póde, pois, classificar a fallencia em qualquer dos grupos sem desconhecer absolutamente a sua natureza.

Entretanto, o expediente tem precedentes,—o vicio é já velho na theoria.

Alguns escriptores antigos empregaram as maiores subtilezas para reduzir todas as leis aos dois estatutos; Bouhier, principalmente, empenhou n'este sentido os maiores esforços; só conseguiram, porém, desnaturar a classificação tradicional, agrupando muitas vezes as leis, mais pelos effeitos exigidos em virtude da relação juridica, que por lhes pertencer realmente a qualidade de reaes ou pessoaes.

Outros, reconhecendo a impossibilidade de incorporar todas as leis n'uma classificação só com dois termos, recorreram aos estatutos mistos, mas, como já atraz mostrei, não foram felizes na innovação.

Um terceiro expediente consistiu no abandono da classificação; abandono, porém, dissimulado, porque appareceu, sem outras explicações, depois da divisão bipartida [1].

Os auctores modernos usam n'este ponto de maior franqueza; declaram-se pela theoria dos estatutos, reconhecendo, entretanto, que certas leis não podem ser caracterisadas pela personalidade, nem pela realidade. «Deve confessar-se, escreve Rupin, que ha leis insusceptiveis de ser agrupadas n'um ou n'outro d'estes estatutos; taes são, por exemplo, as de policia e segurança, isto é, aquellas que interessam a ordem publica e os bons costumes [2]».

Tambem Léonce Thomas diz, «que a distincção entre estatuto pessoal e real não tem o alcance muitas vezes figurado, que ha leis, — como as de policia e segurança, as reguladoras da fórma dos actos e dos effeitos das convenções, — que nem pertencem a um nem a outro, e que *à priori* será muito razoavel pretender que a lei sobre fallencias, não sendo pessoal, não é tambem territorial, devendo a sua alçada ser determinada por princípios differentes dos exarados no art. 3 do codigo civil [3]».

Extranha defeza esta d'uma theoria, que começa por lhe dar um golpe em que ella perde metade do seu campo!

[1] Consulte-se Lainé, *ob. cit.*, vol. II, pag. 34 e seg.
[2] *Ob. cit.*, pag. 75.
[3] *Ob. cit.*, pag. 84.

—Mas a doutrina chegou a conquistar taes creditos que é necessario entrar bem fundo na sua analyse.

Supponhamos, porém, que a fallencia tinha por objecto principal os bens do devedor; seria isto sufficiente para declarar territoriaes os seus effeitos, como querem alguns escriptores e como deve concluir-se logicamente dos principios estabelecidos?

Não me parece.

Quem estuda os fundamentos philosophicos da theoria classica do direito internacional encontra immediatamente, nos seus elementos constitutivos, principios do mais puro feudalismo, e é preciso afastar d'uma vez para sempre do direito privado estes restos d'um regimen, que a sciencia politica olha de ha muito como vexatorio absurdo.

As razões justificativas da regra concernente ao estatuto real são alimentadas pelas mais mesquinhas idéas de soberania territorial. A seguinte passagem de Portalis põe bem em relevo o pensamento dos estatuarios: «A soberania não seria completa, estaria dividida, se uma parte do territorio podesse ficar submettida a leis extrangeiras; formando o conjuncto dos immoveis o territorio publico d'um povo, é necessario regel-os exclusivamente pela legislação d'esse povo. N'uma palavra, a realidade das leis relativas aos immoveis é uma emanação da soberania. Os particulares, que os possuem, não podem oppôr ao legislador a qualidade de extrangeiros a fim de lhes applicar a sua lei pessoal, porque d'ahi resultaria ficar submettida uma parte do territorio á lei extrangeira,

e conseguintemente dividida a soberania, ao passo que é da sua essencia persistir indivisivel. Urge, pois, que todo o territorio e, conseguintemente, todos os immoveis permaneçam regulados por um só soberano, pelo soberano territorial[1]».

Serão estes principios acceitaveis?

Se a soberania tem um caracter imminentemente territorial, se o *dominium* se confunde com o *imperium*, se se incorporam interesses privados n'uma noção por essencia politica, ha razões sufficientes para responder affirmativamente.

Mas a que fica reduzido o homem?

A um mero accessorio da terra. Póde dizer-se com Burgundus: «*Persona naturae ac conditioni rei se accommodat. Bona personam non sequuntur, sed personas ipsas ad se trahunt*».

A que fica reduzida a acção do Estado?

Por um lado, a muito; por outro lado, a muito pouco: se a sua competencia legislativa é absoluta sobre os immoveis, em compensação além da fronteira perde-se com a maior facilidade.

Desconhecerá a doutrina, que impõe limites ás reclamações da soberania sobre estes bens, o papel representado pelo territorio na constituição do Estado?

De modo nenhum; simplesmente o obriga as restricções que o proprio caracter politico da soberania exige. O territorio não é certamente elemento sem

[1] Cit. por Fiore, *Le droit international privé*, trad. Ch. Antoine, vol. 1, pag. 116.

importancia, mas nem por isso devem sujeitar-se com tal rigor ao estatuto real as leis reguladoras das relações entre o proprietario extrangeiro e a sua propriedade, que vão collocar-se na dependencia da terra os direitos do homem e da familia.

É tão necessario respeitar as exigencias legitimas da soberania, como não as exaggerar, a fim de que as relações juridicas sejam de facto governadas pelas leis que melhor convêm á sua natureza.

«Em a nossa ordem de idéas para estabelecer um principio racional n'esta materia, deve notar-se que as leis reguladoras da propriedade e dos direitos d'ella derivados podem ser divididas em duas grandes categorias.

Certas d'entre ellas têm por fim proteger os interesses geraes da associação politica considerada *uti universitas*, e conciliar os direitos dos particulares proprietarios de immoveis com os direitos e interesses publicos do Estado.

«Outras têm por objecto determinar os direitos dos individuos sobre as coisas, regular e garantir o seu exercicio, olhando estes individuos *uti singuli* em relação á propriedade e á familia.

«Consideradas no seu conjuncto, as primeiras fazem parte do direito publico do Estado e das leis de ordem publica, as segundas do direito privado. Ora, é claro que, assim como nunca poderia permittir-se offensa nem derogação ás leis de direito publico e de ordem publica, (porque isto equivaleria a um attentado contra os interesses sociaes, a vida e a conser-

vação do Estado), do mesmo modo não poderia admittir-se que lei extrangeira alguma tivesse sobre o territorio uma auctoridade em opposição com uma das leis que, no interesse social, economico, industrial, agricola ou politico, tem por fim regular a condição das coisas situadas no territorio e os respectivos direitos. Pelo contrario, deve estabelecer-se que a soberania territorial não tem interesse algum em impedir o extrangeiro de exercer os seus direitos sobre as coisas que lhe pertencem, em conformidade com a lei reguladora dos seus interesses privados como proprietario [1]».

Conseguintemente, se o direito social está em causa é preciso defendel-o inteiramente; se, porém, tal não succede a soberania não póde ter o minimo interesse em impôr as suas leis aos extrangeiros, a menos que, confundindo o direito publico com o direito privado, nós tenhamos da soberania a mesma noção que lhe deu a meia-edade.

E, applicando as idéas expostas á questão que principalmente interessa, direi: em que é affectada a organisação economica d'um paiz pelo facto de, declarada a fallencia d'um extrangeiro pelo tribunal do seu domicilio, serem reunidos á massa fallida os bens de que esse extrangeiro é proprietario? Sem duvida, a ordem publica póde exigir que a certas questões se applique a lei territorial, mas deduzir d'esta obser-

[1] Fiore, *Le droit international privé*, trad. Ch. Antoine, vol. I, pag. 119.

vancia incidente a absoluta territorialidade da fallencia é positivamente tirar uma conclusão excessiva [1].

Entretanto, se por um lado a soberania territorial se mostra muito exigente relativamente ao estatuto real, por outro lado a noção do estatuto pessoal, illimitada perante a ordem publica internacional, permitte logicamente, pela insufficiencia do seu criterio, applicações que as modernas theorias, apesar de mais liberaes, não poderiam acceitar [2].

De resto, este estatuto está condemnado pela consequencia a ter um fundamento que, não podendo ser attendido debaixo do ponto de vista juridico, colloca todas as relações em completo estado de incerteza,— tal é a *cortezia internacional*. «Ou o individuo, escreve Fiore, tem direito a que a sua capacidade juridica seja reconhecida fóra dos limites do territorio, conforme é determinada pela sua lei nacional, e n'este caso a lei produzirá effeitos exterritoriaes em virtude d'um principio de direito e não por cortezia; ou o individuo não tem direito algum, tudo depende da cortezia, cada Estado póde determinar os limites dentro dos quaes esta cortezia é válida, e então caímos no arbitrario e no indeterminado [3]».

É certo que alguns escriptores procuraram funda-

[1] Humblet, *De la vente des immeubles dépendant d'une faillite déclarée en pays étranger*, Journal du droit international privé, 1883, pag. 462.

[2] Consulte-se Weiss, *ob. cit.*, pag. 232.

[3] *Droit international privé*, trad. Pradier-Fodéré, pag. 61.

mentar melhor as suas doutrinas, baseando-as em principios de justiça, mas, se por este lado seguiram um caminho mais seguro, tendo partido do adagio — *todos os costumes são reaes,* — não acceitaram as consequencias que a logica impunha ás suas idêas.

Não basta, pois, investigar se o objecto principal e immediato da disposição é a pessoa ou a coisa, como ensinaram os jurisconsultos da edade-media, para resolver sobre a sua exterritorialidade; é antes preciso estudar a natureza da relação juridica e investigar se a lei, embora regulamentando a propriedade, interessa, ou não, a *ordem publica internacional.*

Entretanto, conforme diz Savigny, «não se deve repellir a theoria dos estatutos como absolutamente falsa,—é susceptivel de interpretações e applicações tão variadas, que podemos encontrar entre ellas algumas inteiramente justas. Mas, por incompleta e equivoca, não póde servir de base aos nossos estudos[1]».

Resta-me, para concluir, apreciar a feição especial que caracterisa a doutrina de alguns escriptores.

Foelix, occupando-se da fallencia, considera, em principio, a sentença que a pronuncía como um acto de jurisdicção graciosa.

Sem querer antecipar materias que têm melhor ca-

[1] *Traité de droit romain,* trad. Guenoux, vol. VIII, § 361.

bimento n'outro logar [1], limitar-me-hei aqui a observar que o processo de fallencia póde sempre promover longos debates. De resto, um facto, como a nomeação dos administradores da massa, que não é o unico, nem mesmo o principal effeito produzido pela sentença declaratoria, de modo nenhum deve ser tomado por caracteristica; ao contrario, aquelle facto, inseparavel d'esta sentença, é que ha de ser affectado pelo caracter que a domina.

Merlin, guiando-se pela boa fé, adoptou um principio absolutamente extranho ao caso em questão, São os preceitos de direito internacional applicaveis á fallencia, e não a boa fé, que chamam agora a nossa attenção.

No grupo opposto encontramos Thaller, classificando a fallencia de execução para estabelecer a sua territorialidade.

Parecem-me falsos o principio e a conclusão.

A fallencia póde deixar de resolver-se n'uma execução: para prova basta lembrar que, entre as soluções possiveis, figura a moratoria.

Mas, embora tal não succeda, a fallencia conserva as particularidades que a definem e que reclamam especial regulamentação. Uma simples execução não poderia produzir os effeitos que a fallencia produz, não poderia crear um novo principio de actividade, constituindo os credores em corpo collectivo e dandolhes direitos e deveres especiaes.

[1] Veja-se o § IV d'este Capitulo.

É forçoso confessar que Thaller adoptou um ponto de vista excessivamente restricto.

Depois, não basta dizer que a fallencia é uma execução para provar a sua territorialidade; é tambem preciso demonstrar que as razões justificativas da observancia da lei territorial nas execuções reclamam analogas providencias relativamente á fallencia, e ainda que essas exigencias são por tal fórma largas que abrangem toda a instituição.

Ora foi isso que Thaller não fez.

Certamente, ha na fallencia disposições a respeito das quaes deve observar-se a lei territorial, mas concluir d'aqui para a territorialidade de todo o processo, e por isso para o systema da pluralidade, é tirar dos principios estabelecidos conclusões de fórma nenhuma n'elles contidas.

«Para poder razoavelmente deduzir-se da assimilação da fallencia aos meios ordinarios de execução sobre os bens a realidade do estatuto que a rege, seria necessario demonstrar primeiro que as razões, em virtude das quaes as disposições relativas aos meios de execução sobre os bens são comprehendidas no estatuto real de cada Estado, existem egualmente quando se trata d'est'outro meio de execução particular, *sui generis*, chamado fallencia. É o que se não fez, nem poderia fazer-se porque uma tal demonstração era impossivel. Com effeito, se as disposições reguladoras dos meios ordinarios de execução sobre os bens fazem parte do estatuto real de cada paiz é porque dizem respeito á constituição

economica d'esse paiz, á transmissão dos bens e á regulamentação dos direitos de que estes bens são susceptiveis, sendo por isso absolutamente incomprehensivel que a este respeito uma lei extrangeira exerça em França o seu imperio.

«Mas, tratando-se de fallencia, em que póde ser affectada a constituição economica da França pelo facto de, tendo sido um extrangeiro proprietario d'alguns bens situados em França declarado fallido pelo tribunal do seu domicilio, serem esses bens comprehendidos na massa, em virtude d'uma sentença extrangeira? [1]».

Casaregis e Rocco, como quasi todos os escriptores, depois de agruparem a fallencia entre as leis pertencentes ao estatuto real, concedem-lhe effeitos exterritoriaes mediante previa concessão de *exequatur*.

Ha n'este parecer manifesta contradicção; se a fallencia faz parte do estatuto real, os seus effeitos terminam fatalmente nas fronteiras do paiz onde foi declarada, e para sujeitar ao mesmo regimen os bens que o devedor possua no extrangeiro torna-se necessario abrir nova fallencia; um simples *exequatur* deve ser considerado como absolutamente insufficiente. Entretanto, estes auctores, perante as consequencias a que os levavam os principios fundamentaes por elles estabelecidos, preferiram falsear a logica.

A doutrina de Ripert, seguida tambem por Léonce

[1] Stelian, *ob. cit.*, pag. 171.

Thomas e em parte por Hanquet, não me parece mais feliz que as precedentes.

Ha n'ella uma inconsequencia, uma idéa errada, ou pelo menos uma incorrecção de linguagem que tira a fallencia do grupo fundamental onde estes auctores a collocaram.

Ripert applicou á fallencia a velha distincção estabelecida pelos estatuarios entre os moveis e os immoveis.

Os antigos escriptores, ao passo que concordavam em assentar na soberania o fundamento em virtude do qual a lei territorial devia seguir os immoveis, discutiam sobre a razão justificativa d'uma regra diversa quanto á competencia legislativa relativamente aos moveis. Uns diziam ser a differença mais apparente que real, pois, não tendo os moveis uma situação invariavel, consideravam-se situados no logar do domicilio do possuidor. Outros, pelo contrario, invocavam o proprio *estatuto pessoal* porque, carecendo os moveis de situação real e ficticia, confundiam-se com a pessoa do seu proprietario.

É certo que a falsidade d'esta doutrina os obrigou a abrir algumas excepções ás regras propostas, mas, embora assim limitada, não póde acceitar-se.

De facto, se a soberania nacional não está sempre interessada na applicação da *lex rei sitae* aos immoveis, tambem não está sempre desinteressada na applicação da lei extrangeira aos moveis. Estes podem, na realidade, ser transportados d'um para outro paiz, subtrahindo-os assim o seu proprietario á primitiva

lei, mas d'aqui não deve concluir-se que, encontrando-se effectivamente n'um logar, não lhes possa ser applicada a lei da situação, caso esta seja chamada a regular a relação juridica. O legislador, quando se occupou da organisação da propriedade no seu paiz, só attendeu aos bens n'elle situadas mas attendeu a todos; o interesse economico é sempre o mesmo, trate-se de immoveis ou de moveis.

A antiga distincção só póde ser explicada em face da importancia dada pelo feudalismo á terra.

«Por outro lado, escreve Despagnet, que bom argumento apresentar em apoio da distincção moderna que não tem mesmo a desculpa de estar em harmonia com a tradição? Por que motivo sujeitar os moveis, considerados como universalidade, á lei do domicilio do proprietario e, olhados individualmente, á lei da sua situação effectiva? [1]».

Mas, suppondo mesmo que esta doutrina era exacta e que não era contradictorio invocar o interesse economico a fim de subtrahir os immoveis á fallencia para ir depois comprehender n'ella todos os moveis, collocando assim a propriedade mobiliaria fóra das exigencias da ordem publica internacional, parece-me haver pelo menos uma manifesta impropriedade de expressão, quando se classifica a fallencia de estatuto real.

Se os moveis, isto é, na grande maioria dos casos a totalidade do patrimonio do fallido, visto que o activo

[1] *Ob. cit.*, pag. 163.

das casas commerciaes é quasi sempre constituido por valores mobiliarios, devem ser comprehendidos na fallencia extrangeira, a lei que a regulamenta tem uma acção exterritorial, não devendo por isso ser agrupada no estatuto real.

A doutrina de Massé accumula, como as outras, erros e contradicções.

Excessivamente rigorosa para com as disposições que incorpora no estatuto real, é d'uma liberalidade inacceitavel para com o estatuto pessoal, desconhecendo a parte que deve ser feita ás medidas de policia e segurança, essencialmente territoriaes[1].

Por outro lado, ha manifesta inconsequencia entre a concepção da fallencia relativamente aos bens do devedor, e os poderes conferidos aos administradores da massa quando a sua acção se extende ao extrangeiro.

De facto, muito embora se adopte o expediente da ficção juridica do mandato para explicar a situação dos administradores, concedendo-se-lhes certa auctoridade exterritorial fica-se implicitamente obrigado a reconhecer ao devedor o estado de fallido relativamente aos seus bens, porque, mesmo conforme as opiniões d'estes escriptores, os administradores não são mandatarios do devedor mas sim da massa.

Conseguintemente, admittir a existencia d'um mandato conferido aos administradores é reconhecer virtualmente o estado de fallencia.

[1] Veja-se Humblet, *log. cit.*

Mas as contradicções não acabam aqui; a doutrina exposta considera no extrangeiro o devedor como fallido relativamente aos creditos, cuja cobrança é confiada aos administradores da massa, e ao mesmo tempo permitte-lhe que continue a fazer pagamentos validos! Assim, no pagamento das dividas ha *um modo de ser dos bens*, e ao contrario na cobrança não o ha!

O exposto parece-me sufficiente para mostrar, que outro é o caminho a seguir na investigação dos principios que devem regular os effeitos internacionaes da fallencia.

II

Summario. — A fallencia lei de policia e segurança — Critica d'esta doutrina.

Abandonando a theoria dos estatutos por falsa ou insufficiente, certos auctores classificam a fallencia entre as leis de policia e segurança. A sancção penal que acompanha algumas disposições legislativas e o caracter proprio da instituição servem de argumentos justificativos ao novo parecer.

«Com effeito, escreve Raoul Bloch, o estado de fallencia affecta a ordem publica. Se os commerciantes

não cumprem as obrigações que este estado lhes impõe, commettem um delicto; por conseguinte a legislação sobre fallencias apresenta os caracteres de uma lei de policia, obrigando todos os que habitam o territorio francez[1]».

Nem se supponha que uma lei precisa ter por objecto a repressão para poder considerar-se lei de policia e segurança. Certamente merecem tal classificação as destinadas a punir crimes, mas nem por isso são estas as unicas que procuram salvaguardar a segurança do Estado. «Manter a boa ordem nas relações commerciaes dos cidadãos, favorecer assim o desenvolvimento do commercio que é um dos mais consideraveis elementos de grandeza d'um Estado, fiscalisar as operações dos commerciantes que devem ser acompanhadas da mais completa boa fé, favorecer a circulação dos valores cercando-a de garantias, — taes são os principaes fins que procura conseguir a lei sobre fallencias; e isto é sufficiente para se lhe reconhecer o caracter de lei de policia e segurança »[2].

De resto, segundo os partidarios d'esta doutrina, a serie de medidas por meio das quaes a instituição é posta em pratica mostra por si mesma um constante sacrificio de interesse privado ao interesse publico; —no direito de suspensão de pagamentos, na inefficacia das acções individuaes, e em tantos outros preceitos legislativos, transparece por completo o interesse geral

[1] *Étude sur la faillite en droit international privé*, pag. 16.
[2] Bloch, *ob. cit.*, pag. 17.

a que a instituição obedece. Ora uma lei que assim procura salvaguardar a massa dos cidadãos, promovendo o equilibrio e desenvolvimento do Estado, é manifestamente uma medida de policia [1].

Mas Bloch por classificar d'este modo a fallencia não se julga na obrigação de a condemnar a uma absoluta territoralidade. Ao contrario, louva os esforços empenhados para a conclusão de tratados internacionaes que assegurem melhor todos os direitos legitimos. «De que uma lei interessa ao mesmo tempo o Estado e os particulares, não deve concluir-se que a sentença pronunciada por seu effeito não possa ser declarada executoria no extrangeiro».

Julgo inacceitavel a opinião exposta; os que a defendem ou abusam da generalisação, ou falseam o caracter das leis de policia e segurança.

Certamente entre as disposições reguladoras da fallencia algumas ha com caracter penal, mas estas, — elementos secundarios que de modo nenhum resumem a essencia da instituição, — não podem servir para a definir. É preciso não ver caracteristicas onde só ha medidas complementares, ainda que de utilidade.

[1] Consulte-se o *Journal du droit international privé*, onde se encontra uma noticia da jurisprudencia que segue esta opinião (1875, pag. 434 — 1878, pag. 375).

Entretanto, embora se alargue o quadro das leis de policia e segurança a ponto de n'elle inscrever todas as disposições de ordem publica internacional, não se consegue dar á fallencia o caracter de necessidade que Bloch lhe quer attribuir.

De facto, o interesse geral e o credito publico que esta execução especial se propõe fomentar são mal invocados. Qualquer que seja a importancia que lhes possa ser dada por casos especiaes suscitados na pratica, eleval-os a criterios geraes, fundamentados pelas considerações atraz expostas, é alargar os limites da classificação de modo a permittir que toda a lei tenha n'ella um logar; o fim que o legislador prosegue directa e immediatamente pela fallencia não está na ordem publica, mas sim na salvaguarda dos direitos dos credores.

Mais uma vez, pois, o concurso de interesses diversos que a fallencia é chamada a regular, e a variedade de disposição por meio das quaes é posta em pratica, fizeram errar caminho aos que procuravam conhecer e definir a sua natureza.

III

SUMMARIO. — Theoria da unidade e universalidade da fallencia; movimento em seu favor — Espirito do commercio; natureza intima da fallencia — Bens no extrangeiro — Credores extrangeiros — Estabelecimentos no extrangeiro — Critica de Bard.

Modernamente, devido sobretudo aos esforços dos jurisconsultos italianos, constituiu-se em corpo de doutrina uma theoria conhecida no dominio da sciencia pelo nome de *theoria da unidade e universalidade da fallencia*.

Da estructura intima da instituição no direito interno e do caracter proprio do commercio concluem os sectarios do novo systema que a fallencia aberta em determinado paiz deve abraçar todos os bens e credores do fallido, qualquer que seja a sua situação ou nacionalidade.

Ansaldus, antevendo já estas idéas, afastou-se do pensar geral dos seus contemporaneos e, considerando não só que a universalidade do patrimonio garantia o pagamento de todas as dividas, mas ainda que o interesse dos credores exigia a observancia d'uma rigorosa egualdade na repartição do activo, escreveu: «Quamobrem nec in aliqua haberi debet considera-

tione quod inter creditores reperiantur forenses et non suppositi juridictioni judicum Hetruscae ditionis; quoniam receptum et practicatum est in hac materia, tam ratione connexionis, ne contigat super eodem puncto coram diversis judicibus plures et diversas vel contrarias sententias proferri, quam etiam ratione intolerabilis incommodi partium, ut coram pluribus judicibus et in diversis foris scripturas producere ac novas probationes facere cogerentur, quod idem sit judex et unicum judicium... Statutum jubens ut super patrimonio decocti, non attenta prioritate vel potioritate creditorum, fiat solutio per aes et libram, afficit pariter forenses [1]».

Entretanto, a theoria dos estatutos, que então dominava por completo, impediu o desenvolvimento d'este parecer, chamando a attenção de todos os jurisconsultos para o agrupamento das leis em reaes e pessoaes.

Não passou, porém, a questão desapercebida ao espirito imminente de Savigny, e a este grande jurisconsulto se deve o primeiro esboço do systema nos tempos modernos.

Deixando o acanhado campo marcado pelas velhas idéas do direito internacional, Savigny reconheceu na doutrina dos auctores, nas decisões dos magistrados, nos costumes e nos tratados, uma tendencia progressiva e constante para uma *communidade de direito*, que acabaria por fazer resolver pelas mesmas

[1] *De commercio et Mercatura*, Disc. II, n.os 25, 28 e 29, cit. por Léonce Thomas.

regras, entre todos os povos, os conflictos de legislações, e assentou os verdadeiros principios, quando resolveu o problema do direito internacional, procurando «determinar para cada relação de direito, o *dominio de direito* mais conforme á natureza propria e essencial d'essa relação».

N'esta ordem de considerações rejeita a pluralidade de fallencias, e a respeito dos attritos que a adopção da theoria da unidade póde levantar, escreve: «Por outro lado, a propria difficuldade é menor que commummente se julga. Com effeito, o curador nomeado em justiça, que sob a fiscalisação do tribunal vende os bens do fallido, só pratica um acto executorio d'uma sentença pronunciada, ou preparatorio d'uma sentença a pronunciar.

Ora a communidade de direito entre os Estados independentes, de que já fallei, exige reciproca protecção ás decisões judiciaes: esta protecção deve, por consequencia, extender-se ao curador que vende os bens do fallido para formar a massa a dividir [1]».

Mas foi sobretudo nos ultimos tempos, principalmente em Italia, que a theoria da unidade e universalidade da fallencia soffreu maiores desenvolvimentos, sendo defendida em escriptos notaveis.

O movimento iniciado agora por Pasquale Fiore engrossa constantemente e, fortalecido por defensores de talento, ganha já as associações scientificas, conse-

[1] *Traité de droit romain*, vol. VIII, § 374, ed. 1860, trad. Guenoux.

guindo mesmo ser consagrado em tratados internacionaes.

N'elle se filia Jencken, defendendo-o n'uma memoria apresentada á *Associação para a reforma e codificação do direito das gentes* [1], e o congresso juridico reunido em Turim em 1880, não se contentando em adoptar a idéa, chega a redigir um projecto para a sua execução [2].

Entre os tratados que com mais ou menos rigor têm consagrado o principio, limitar-me-hei a citar aqui, como de maior importancia, os celebrados entre a Prussia e os diversos Estados allemães, o tratado austro-prussiano de 1845, e o tratado franco-suisso de 1869 [3].

Á excepção de Norsa [4], os modernos escriptores são unanimes em abandonar o caminho indicado pela

[1] *Bulletin de legislation comparée*, 1878. pag. 372.

[2] Garelli, *Il congresso giuridico italiano internazionale tenuto in Torino.*

[3] Brocher, *Commentaire du traité franco-suisse* — Thaller, *ob. cit.*, vol. II, pag. 344, nota.

[4] Norsa, n'um artigo publicado na *Revue de droit international*, começa por affirmar que a classificação da fallencia entre as leis pertencentes ao estatuto real é a unica these racional, «visto ter a instituição, considerada na sua verdadeira razão de ser, por objecto antes os bens que a pessoa do fallido, antes a garantia dos interesses dos credores que o interesse do devedor». Attendendo, porém, «á natureza das coisas, ao caracter do commercio

theoria dos estatutos para estabelecer os preceitos regulamentares da fallencia em direito internacional. De facto, outros são os principios sobre que devem ser estabelecidas as novas regras destinadas a regular esta instituição.

A fallencia manifesta-se ordinariamente n'um meio caracterisado por uma feição especial que deve exercer certa influencia sobre tudo o que n'elle se desenvolve. A vida commercial desconhece fronteiras; transpondo os limites acanhados da cidade, da provincia e do Estado, extende as suas relações a todos os paizes, e da importancia d'essas relações resulta o interesse mutuo que a une.

Não basta por isso ao commercio a segurança interna; o seu caracter cosmopolita exige que uma rigorosa determinação de competencias ponha termo a incertezas futuras, mas exige tambem que as soberanias, deixando um resto de idéas feudaes que já é tempo de afastar dos dominios do direito inter-

e da fallencia, e ás regras de direito admittidas em todos os paizes civilisados», Norsa acaba por defender a theoria da unidade.

N'esta doutrina ha manifesta contradicção; a critica em geral mostra-se severa para com ella; e Stelian commenta-a com estas simples palavras: comprehenda quem pudér!

Effectivamente, acceitando Norsa a theoria dos estatutos, como parece aceitar quando diz que o seu systema «respeita a força legal do estatuto real», não póde, sem inconsequencia, admittir depois a exterritorialidade dos effeitos da fallencia. É acabar por desmentir os principios primeiro estabelecidos. (Veja-se a *Revue de droit international*, 1876, pag. 627).

nacional privado, attribuam ás instituições juridicas o espirito que lhes é proprio, e que o interesse geral exige.

«Sobretudo quando a facilidade de communicações, a multiplicidade de meios de transporte e a mobilidade das fortunas tornam tão faceis e tão frequentes as relações entre os commerciantes de todos os paizes, a fallencia d'uma casa commercial não é um estado de coisas cujas consequencias fiquem circumscriptas aos limites d'um só Estado, é antes uma eventualidade que póde interessar os commerciantes dos paizes mais longinquos.

D'aqui a necessidade de examinar a instituição, não debaixo do ponto de vista do interesse particular de cada Estado, mas sim do interesse de todos [1]».

Estudemos, porém, em especial a fallencia considerada em si mesma, nos principios que lhe servem de fundamento. D'este modo será a propria natureza da instituição que nos indicará o caminho a seguir.

O processo de fallencia, considerado nos seus effeitos, só é, como diz Carle, a applicação do principio geral que faz de todos os bens de qualquer pessoa o penhor commum aos seus credores. Julgando o patrimonio do devedor responsavel pelas suas dividas e todos os credores victimas da mesma confiança, o legislador estabeleceu uma execução especial, com o fim de proteger os interesses compro-

[1] Carle, *La dottrina giuridica del fallimento nel diritto privato internazionale*, pag. 32.

mettidos. N'este intuito a lei e o tribunal exercem determinada fiscalisação, impõem ao fallido certas inaptidões, estabelecem um periodo de suspeição e, por medidas de publicidade, informam os interessados da declaração d'este estado.

São muito variadas as medidas por meio das quaes os legisladores dos differentes paizes têm entendido dever regular esta instituição, mas em todas transparece uma tendencia manifesta para a unidade da jurisdicção, concentração das operações e universalidade dos effeitos.

É que a nota fundamental e caracteristica da fallencia está precisamente no estabelecimento d'um tratamento egual e d'um processo unico e geral para todos os credores.

A simples relação de algumas disposições do codigo commercial portuguez fornecerá uma prova da verdade d'estas affirmações:

—Para declarar a quebra é competente o tribunal de commercio da circumscripção onde o commerciante tiver o seu principal estabelecimento, e, na falta d'este, o seu domicilio (art. 694). O tribunal, que declarar a quebra, fica sendo o unico competente para a exigencia do pagamento e graduação de quaesquer creditos contra o fallido (art. 695). — Assim é estabelecida a regra da unidade de jurisdicção.

—A incapacidade do fallido é supprida pelo admi-

nistrador e curadores fiscaes, que o ficam representando em juizo e fóra d'elle para todos os effeitos, excepto quanto ao exercicio dos seus direitos exclusivamente pessoaes ou extranhos á fallencia (art. 700 § 1). O administrador póde praticar todos os actos de administração geral, ficando, porém, sempre dependente da expressa resolução do tribunal a concessão de quaesquer poderes especiaes (art. 701 § unico). O administrador da massa fallida deve entrar immediatamente em exercicio, assignando termo, praticando quanto fôr conveniente á conservação dos bens e direitos do fallido, no interesse d'este e dos seus legitimos credores, e averiguar com o maior escrupulo o estado da massa fallida, condições em que o commercio foi exercido e causas determinantes da quebra (art. 703). Na sentença de declaração da quebra, ou depois d'ella em qualquer estado do processo póde o tribunal ordenar a prisão do fallido, e de quaesquer outros agentes do crime, se reconhecer que procederam com culpa ou fraude, sem prejuizo dos ulteriores termos para definitiva classificação da quebra (art. 712). O fallido, com a apresentação do seu estado de quebra, ou o administrador da massa fallida, na falta d'elle, e antes de findar metade do prazo fixado para a reclamação dos creditos, deve juntar ao processo uma relação d'estes acompanhada dos documentos comprovativos, observações e explicações, que sirvam para verificação do passivo (art. 713). Nos quinze dias seguintes ao prazo facultado para a impugnação dos creditos ou da natureza d'elles, o

administrador da massa fallida dará parecer breve, mas fundamentado, sobre cada um dos creditos reclamados, declarando especificadamente o que a respeito d'elles constar da escripturação e documentos do fallido, e prestando ao tribunal os esclarecimentos convenientes á boa decisão do assumpto e sobre a data desde quando considera existente a quebra (art. 716). Constando ao administrador a existencia de creditos não reclamados, mas que lhe pareçam reaes e verdadeiros, d'elles fará menção em separado, interpondo, tambem, sobre elles o seu parecer (art. 716 § 2). O processo de verificação de creditos é egualmente applicavel á verificação do direito de restituição a seus legitimos donos de fazendas ou outros bens que existam na massa fallida, e de que o fallido fosse consignatario, commissario ou, por outro titulo, mero detentor, ou que hajam de pertencer ao conjuge como proprios ou em meação (art. 717). Os creditos do fallido deverão ser, solicitamente, cobrados pelo administrador, á medida do vencimento, procedendo elle, particular ou judicialmente, segundo as circumstancias, e podendo o tribunal auctorisar, para o pagamento, que se concedam aos devedores os prazos que forem convenientes para mais segura liquidação (art. 725). A sentença da classificação da fallencia applicará ao fallido as penas que couberem ao caso, segundo o codigo penal e mais leis vigentes, sendo executoria como criminal, que egualmente fica sendo (art. 741).—Assim se promove a concentração das operações a que a fallencia dá logar,

—A declaração da quebra opera immediatamente a interdicção civil do fallido pela que respeita aos seus bens havidos ou por haver (art. 700). A declaração da quebra produz o immediato vencimento de todos os creditos e a suspensão de juros contra a massa fallida, e importa necessariamente a separação dos bens communs do commerciante casado, a não ser que na responsabilidade do outro conjuge se envolva toda a meação que lhe compete (art. 710). Os credores do fallido, publicada que seja a sentença declaratoria da quebra, e dentro do prazo marcado pelo tribunal, reclamarão, independentemente de qualquer outra citação ou aviso, a verificação e classificação dos seus creditos, comprovando em devida fórma a existencia, natureza, classificação e circumstancias d'elles, e allegando tudo quanto entendam a bem da sua justiça (art. 714). O julgamento abrangerá todos os creditos, havendo por confessados os que não tiverem sido impugnados, resolverá as impugnações, reclamações e pedidos de bens e fixará a data da quebra (art. 718 § 4). Finda a verificação do passivo, e não havendo suspensão da quebra, promoverá o administrador a venda e liquidação de todo o activo até completa extincção da massa fallida (art. 726). Na venda dos direitos da massa fallida será comprehendida a dos creditos todos, ainda que sejam litigiosos (art. 727 § unico). Fóra dos casos mencionados na primeira parte do artigo antecedente (moratoria ou concordata), o levantamento da interdicção do fallido, sómente lhe póde ser concedido nos casos

seguintes: 1.° Estando elle quite por integral pagamento ou perdão para com todos os credores que tenham reclamado pagamento; 2.° Tendo decorrido mais de dez annos e mostrando-se extincta a massa fallida, a falta completa de bens e o pagamento de cincoenta por cento ao menos a todos os seus credores que tenham reclamado pagamento; 3.° Tendo decorrido o dobro d'este tempo e mostrando-se pagos vinte e cinco por cento dos creditos e verificadas as outras circumstancias do numero precedente (art. 744).— Assim se estabelece a regra da universalidade dos effeitos da fallencia relativamente aos bens e aos credores do fallido.

Em resumo: o legislador, considerando que todos os bens do devedor são garantia commum dos seus credores e querendo estabelecer entre estes rigorosa egualdade, salvo havendo legitimas preferencias, consagrou a universalidade dos effeitos da fallencia, e não só para facilitar este fim, mas tambem para conseguir um processo harmonico, rapido e economico concentrou as operações e estabeleceu a unidade da jurisdicção.

Tenho até aqui considerado a fallencia, suppondo a vida do commerciante limitada a simples relações internas. Entretanto, a natureza da instituição fica conhecida.

Fornecerão as relações internacionaes elementos que a devam alterar?

Estudemol-as.

São tres as hypotheses que a pratica suscita: bens

no extrangeiro, credores extrangeiros, e estabelecimentos no extrangeiro.

O facto de serem situados no extrangeiro alguns bens do fallido será um obstaculo á exterritorialidade da fallencia?

A questão offerece difficuldades.

Certos auctores limitam os respectivos effeitos aos bens situados no paiz onde foi pronunciada a sentença.

Outros só seguem esta opinião relativamente aos immoveis.

As exigencias da soberania fundamentam ambos os pareceres; se um Estado acceitasse a fallencia declarada no extrangeiro, relativamente aos bens situados no seu territorio, ficaria gravemente offendida a soberania nacional.

Como é facil vêr estamos em plena theoria dos estatutos. Parece-me, pois, dispensavel repetir aqui os defeitos da doutrina. Limitar-me-hei, por isso, a lembrar que muitas questões podem nascer a respeito dos immoveis sem provocar as exigencias da ordem publica internacional.

Tal succede com a fallencia.

Em principio, do facto de certos bens serem englobados na fallencia extrangeira não póde resultar offensa alguma para as leis que a ordem publica internacional obriga a uma absoluta territorialidade.

Não é até reconhecido por todas as legislações que o patrimonio inteiro do devedor, comprehendendo moveis e immoveis, constitue o penhor commum dos seus credores?

Assentemos, pois, com Carle, que se os immoveis devem ser regidos pela lei reguladora da organisação territorial do Estado onde são situados, nem por isso deixam de constituir um meio que o individuo utilisa para satisfazer as suas necessidades, devendo assim servir de garantia commum aos credores das pessoas a quem pertencem, qualquer que seja o paiz da situação [1].

Tambem a nacionalidade dos credores não póde produzir alteração alguma nos principios estabelecidos.

De facto, a fallencia deve proteger, sem distincção, todos os interessados e, assim como o devedor não póde favorecer um d'elles em prejuizo dos outros, tambem não deve permittir-se que alguns fiquem n'uma posição mais vantajosa pelo facto de pertencerem ao paiz em que a fallencia foi declarada. Não é a nacionalidade que nos deve guiar n'esta materia; proteger injustamente os nacionaes em prejuizo dos extrangeiros seria contrariar a prosperidade do commercio, esteiada na boa fé e no credito.

[1] Carle, *ob. cit.*, pag. 37 — Veja-se Humblet, *Journal du droit international privé*, 1883, pag. 462 e seg.

Por outro lado, os credores extrangeiros já deviam ter previsto a eventualidade e as consequencias resultantes d'uma declaração de fallencia fóra do seu paiz. De resto, como diz Despagnet, quaesquer difficuldades que possam levantar-se resultam menos da solução dada ao problema que do facto de se entrar em relações commerciaes com um negociante estabelecido no extrangeiro [1].

Resta uma ultima hypothese: que decidir caso o fallido tenha dois ou mais estabelecimentos de commercio situados em paizes differentes?

A questão póde tomar tres aspectos.

Supponhamos primeiro que um dos estabelecimentos é o principal sendo os outros sucursaes. Mesmo n'este caso ha auctores que sustentam a pluralidade de fallencias. É a conclusão logica a que os levam as exigencias que attribuiram á soberania e a classificação da fallencia no estatuto real. Os estabelecimentos são, pois, considerados como os bens; por isso Léonce Thomas, referindo-se á opinião dos que querem uma fallencia unica para o estabelecimento principal e para as sucursaes, diz, achar perfeitamente admissivel o parecer quando os bens

[1] Consulte-se: Albert Simon, *La faillite d'après le droit international privé*, pag. 26—Carle, *ob. cit.*, pag. 38—Despagnet, *ob. cit.*, pag. 639.

de que se compuzer a succursal forem exclusivamente moveis e a sentença tiver sido declarada executoria; possuindo, porém, a succursal immoveis entende que deve exigir-se uma nova fallencia [1].

O caminho seguido por estes auctores é sempre o mesmo; o que atraz fica dito tem por isso inteira applicação a estas considerações.

Porventura não é, agora como sempre, o patrimonio do devedor responsavel por todas as suas dividas? E o proprio caracter de succursal não é por si bastante para pôr de parte qualquer idéa sobre a existencia d'um commercio em separado?

A questão complica-se, porém, caso os estabelecimentos commerciaes sejam independentes e distinctos.

Fiore [2] e Norsa [3] exigem tantas fallencias quantos estabelecimentos. «A doutrina, escreve este ultimo, admitte que, quando um mesmo negociante tem duas casas em Estados differentes, a fallencia d'uma não póde actuar sobre a outra. Esta regra é conforme á natureza das coisas, pois a falta de equilibrio manifestada n'um estabelecimento commercial origina uma nova ordem de relações juridicas com todos os interessados, e não seria justo que este novo estado, particular a um dos estabelecimentos, influisse sobre os destinos do outro. O facto accidental de serem

[1] *Ob. cit.*, pag. 104.

[2] *Droit international privé*, trad. Pradier-Fodéré, pag. 564 e 565.

[3] *Log. cit.*

ambos representados por uma mesma pessoa não basta para confundir a sua sorte, para tornar os devedores ou credores do ser vivo respectivamente devedores ou credores do ser dissolvido. Mesmo pelo que respeita á pessoa do commerciante, as relações são distinctas segundo este tratou na qualidade de representante d'uma ou d'outra casa. Isto não altera de modo algum o caracter de universalidade da fallencia, visto que, sem distincção de logar, tudo o que diz respeito á casa fallida é attrahido para a sua orbitra, ficando a outra representada pelo fallido, salvo no meio das ruinas, como aconteceria a qualquer estabelecimento representado por outra pessoa. Mas, se a declaração de fallencia não póde ter por effeito comprehender na primitiva massa um estabelecimento distincto, embora representado pelo mesmo fallido, é claro que reciprocamente os interessados e os credores d'est'outro estabelecimento não devem partilhar do activo da casa fallida. Assim, não abraçando a fallencia o estabelecimento gerido no extrangeiro por uma fórma distincta, tornar-se-ha absolutamente necessaria uma nova declaração... Só se deve, porém, adoptar este parecer quando haja muitas casas constituindo cada uma um estabelecimento separado. O contrario succederia se a casa situada no reino não fosse senão uma succursal da outra, como tratando-se d'um simples deposito de mercadorias [1]».

Em resumo: os sectarios d'esta doutrina fundamen

[1] Veja-se no mesmo sentido: Bonfils, *ob. cit.*, pag. 213.

tam a sua opinião affirmando que os credores, distinctos para cada um dos estabelecimentos independentes do fallido, só attenderam, quando entraram em relações commerciaes com este, á fracção do patrimonio representada pelo estabelecimento especial, e que o facto de haver administração independente é por si sufficiente para constituir em direito pessoas moraes distinctas.

Não me parecem acceitaveis taes asserções.

De facto, póde affirmar-se que os credores, mesmo entrando em relações com o devedor só relativamente a determinado estabelecimento, tiveram em attenção todo o seu patrimonio e não certa parcella; qualquer empreza pouco feliz encontrará facilmente credito se o seu proprietario tiver outros estabelecimentos commerciaes, cuja prosperidade offereça sufficientes garantias.

De resto, por muito independentes que os estabelecimentos sejam, no fundo apparece sempre a mesma pessoa a representa-los.

Contrariamente á affirmação de Norsa, o que é accidental é a independencia das casas, o que é real é a identidade do proprietario. Nem os credores podiam ter tido em attenção só uma parte do patrimonio do devedor, nem, embora assim fosse, deixava de ser verdadeiro o preceito fundamental de direito e de justiça que obriga todos os bens ás dividas do seu possuidor. Não devemos, pois, arvorar em principio uma simples ficção, sobretudo justificavel perante as exigencias d'uma contabilidade complicada. «É o fal-

lido, escreve Glasson, que é declarado em fallencia, é a sua pessoa e todo o seu patrimonio, e não os differentes estabelecimentos que possue [1]».

Se, porém, o devedor está associado em dois estabelecimentos distinctos, a fallencia d'um d'elles não póde comprehender o outro. Mas os principios estabelecidos não deixam, por isso, de ser inteiramente observados; como todos os bens do devedor são penhor commum dos credores a sua parte na segunda sociedade será comprehendida na massa fallida. Dever-se-ha, por conseguinte, fazer uma liquidação que fixará os direitos do fallido e o montante do seu activo. Se houver logar para abrir tambem a fallencia da segunda sociedade estabelecer-se-hão dois processos distinctos.

A theoria da unidade e universalidade de fallencia é especialmente combatida com principios fornecidos pela doutrina dos estatutos. Aos que assim fundamentam a sua critica já atraz fica dada desenvolvida resposta.

Entretanto, um escriptor notavel, Bard, parece querer ir mais longe, e nas suas idéas hesitantes ha talvez o desejo de contestar o principio da unidade, mesmo fóra d'aquella theoria. «O proprio principio, escreve este auctor, poderia ser contestado, porque,

[1] *Journal du droit international privé*, 1881, pag. 105 e seg.

se as barreiras que separam os Estados interceptam ao mesmo tempo as acções judiciaes e seus effeitos, não é exacto dizer que todos os bens do fallido são, pelo mesmo titulo, penhor dos seus credores. Quando eu tratei com um extrangeiro, possuindo um estabelecimento no meu paiz, não renunciei, na verdade, a demandal-o no seu; mas tive, principalmente, em attenção a garantia que estava directamente ao meu alcance, submettida á minha vigilancia, e assegurada pela minha lei e jurisdicção nacionaes [1]».

Se Bard com estas palavras quer interpretar a situação presente de muitos paizes, como parece ser sua intenção quando diz: — «não é verdade, *no estado actual das legislações e das relações internacionaes*, que todos os estabelecimentos constituam um penhor unico e identico para os credores dos diversos paizes,» — a doutrina exposta póde servir de prudente aviso aos incautos; se, porém, quer dirigir uma censura ao proprio principio da unidade, como faz crêr quando escreve: — «póde parecer mais conforme á *natureza das coisas* vêr na situação dos bens uma especie de hypotheca em garantia de certos creditos,» — as suas considerações perdem toda a força.

Porventura os bens são menos do devedor por estarem situados no extrangeiro? Porventura a divida obriga menos pelo facto do credor pertencer a uma nação onde o devedor já não tem bens?

[1] *Précis de droit international*, pag. 338.

Não se diga, pois, que a simples passagem d'uma fronteira póde alterar o direito do credor ou a obrigação do devedor.

IV

Summario. — Theoria da unidade e universalidade da fallencia (continuação) — Caracter contencioso do processo de fallencia — Execução das sentenças proferidas por tribunaes extrangeiros — Rejeita-se a doutrina da revisão fundamental; vantagens do systema contrario — Requisitos a que devem obedecer as sentenças extrangeiras — *Do exequatur;* casos em que é necessario — Applicação dos principios expostos á materia de fallencia — Vantagens da theoria da unidade e universalidade.

A declaração de fallencia tem logar por meio d'uma sentença pronunciada em materia contenciosa.

Alguns auctores affirmam, é certo, que n'ella deve antes vêr-se um acto de jurisdicção graciosa ou uma instancia tendo por fim authenticar um mandato em que os administradores são os mandatarios [1], mas tal doutrina não parece acceitavel.

[1] Foelix, *ob. cit.*, n.º 468 — Demangeat, *ibid.*, nota *a* — Bonfils, *ob. cit.*, n.º 245, etc.

De facto, o processo de fallencia, seja quem fôr o seu auctor, presta-se sempre a graves debates e não faltam exemplos que o provem. Póde, sem duvida, não haver contestação, mas não deixa por isso de existir direito a oppôl-a; nem, de resto, este facto, devido á vontade do reu ou á falta de meios de defeza, devia servir para classificar a questão.

Por outro lado, a nomeação dos administradores não tem a minima influencia no caracter da jurisdicção.

Em primeiro logar, exercem funcções d'uma natureza inteiramente especial; representam ao mesmo tempo o devedor e a massa dos credores, e, entretanto, não só a fallencia, origem dos seus poderes, póde ter sido declarada a requerimento d'um só credor, por pedido do fallido, ou *ex-officio* pelo tribunal, mas até a representação póde ter tido logar com opposição e contra a vontade dos representados. Conseguintemente, é indispensavel, para que os poderes respectivos possam ser reconhecidos, invocar a propria declaração de fallencia, antecedente sem o qual são injustificaveis.

Depois, se a nomeação dos administradores é uma das consequencias da sentença «não é, como diz Carle, a unica nem a principal, porque esta produz ao mesmo tempo effeitos muito importantes relativos á pessoa do fallido e aos seus bens, annulla certos actos, declara annullaveis outros, impede as acções individuaes propostas pelos credores, n'uma palavra, estabelece um estado de coisas inteiramente especial

de que aquella nomeação é uma simples consequencia [1]».

Estamos, pois, em presença d'uma verdadeira sentença; — é uma nova phase da questão.

Estudemol-a agora por este lado.

Dever-se-ha negar execução ás sentenças extrangeiras? Equivale, para o nosso caso, a dizer: manifestando-se a fallencia por meio d'uma verdadeira sentença, deverá, por este facto, a sua acção ser limitada pelas fronteiras do paiz onde foi declarada?

Leclercq [2] pertenceu ao numeroso grupo de escriptores que, em nome da soberania nacional, poder absoluto em certo territorio, negou qualquer effeito ás sentenças extrangeiras.

Diz-se que o poder judicial faz parte da soberania, e da territorialidade d'esta quer-se concluir para a territorialidade d'aquelle.

Não faz, porém, o poder legislativo egualmente parte da soberania e não se observam, entretanto, as leis extrangeiras quando os principios da justiça as reclamam?

Certamente a missão de julgar é uma das attribui-

[1] *Ob. cit.*, pag. 51 — Veja-se no mesmo sentido: Stelian, *ob. cit.*, pag. 175 — Dubois, nota 62 a Carle, *ob. cit.*, — Raoul Bloch, *ob. cit.*, pag. 80.

[2] Cit. por Fiore, *Effetti internazionali delle senteze e degli atti*, vol. 1, pag. 55.

ções da soberania, mas nem por isso ella a exerce exclusivamente; simples particulares escolhidos para arbitros podem pronunciar sentenças.

O poder judicial é um dos poderes do Estado; o que porém, interessa a soberania não é julgar é administrar justiça.

E a que ficarão reduzidos os interesses economicos do Estado e o direito que têm os cidadãos de contrahir obrigações em qualquer paiz, se a soberania territorial negar effeito ás sentenças provenientes de tribunaes extrangeiros?

Os cidadãos não poderão contractar com extrangeiros porque ás suas convenções faltará a segurança que só a auctoridade judicial lhes póde garantir; o commercio internacional será completamente impossivel porque o credito e a boa fé são condições indispensaveis para o seu desenvolvimento; o devedor encontrará n'esta doutrina um excellente meio de se esquivar ás suas obrigações e, entretanto, o credor só será victima da sua vigilancia, só será prejudicado por ter recorrido aos juizes competentes e por ter pretendido defender os seus legitimos direitos.

Vê-se o golpe que as relações internacionaes hão de soffrer: menor rapidez na circulação da riqueza, falta de impulso ao augmento da producção, consumo limitado aos productos nacionaes, vida dos cidadãos limitada pelos confins do seu paiz,— taes são as consequencias necessarias que este estado de coisas ha de produzir.

«No meio d'uma tão grande frequencia e intensi-

dade de relações commerciaes internacionaes, que vão necessariamente promovendo uma communidade juridica entre todos os povos, quem não vê sobre que frageis bases assentaria a certeza da propriedade, a segurança do commercio e a protecção devida a todo o direito legitimamente adquirido, se os Estados, esquecidos do reciproco auxilio que se devem no interesse commum da justiça, regulamentassem os seus systemas juridicos de maneira a reputar inexistentes os direitos reconhecidos no extrangeiro pela fórma solemne d'uma sentença judicial? Optimo expediente para o devedor de má fé que, transpondo as fronteiras d'um paiz, com a grande facilidade actual de reduzir as fortunas a valores moveis, poderia escarnecer impunemente dos justos protestos do seu credor! E mesmo que assim não fosse, quantos incommodos, quantas despezas inuteis, quantas demoras prejudiciaes, quantos estorvos funestos ás relações do commercio que para o seu livre desenvolvimento têm necessidade de encontrar em toda a parte confiança, garantias, protecção! [1]».

Conseguintemente, não é pela observancia das sen-

[1] Fusinato, *L'esecuzione delle sentenze straniere*, pag. 52 — Veja-se tambem: Constant, *De l'exécution des jugements étrangers dans les divers pays*, introduction — Lachau et Daguin, *De l'exécution des jugements étrangers d'après la jurisprudence française*, introduction — Marino, *Principii di diritto internazionale relativi atti fatti all'estero e all'csecuzione delle senteze dei tribunali stranieri*, pag. 99 e seg. — Rossi, *La esecuzione delle sentenze e degli atti delle autoritatà straniere*, pag. 15 e seg.

tenças extrangeiras que o interesse geral fica offendido mas sim pela sua inobservancia. É, pois, este mais um limite que os principios de justiça impõem á soberania absoluta e absurda que os antigos escriptores conceberam, e que á força de guardar os seus interesses acabou por esquecer os seus deveres, desconhecendo os proprios interesses.

Entretanto, por muito liberaes que as tendencias se mostrem, a observancia das sentenças extrangeiras não póde deixar de ser submettida a certas garantias, — por sua natureza estas sentenças não devem ser inteiramente equiparadas ás pronunciadas pelos juizes nacionaes; de resto, as proprias leis extrangeiras soffrem as restricções impostas pela *ordem publica internacional*.

A difficuldade complica-se, porém, relativamente ás sentenças.

Para assegurar o cumprimento dos deveres da soberania na mais levantada das suas funcções, qual é a administração da justiça, bastará não reconhecer as sentenças cujos effeitos provoquem actos reprovados pela lei nacional? Não será tambem necessario examinar se no decorrer do processo foi praticado algum acto que possa reputar-se iniquo ou immoral? Uma sentença que em si nada tenha de reprovavel não póde ser obra d'um juiz sem competencia ou sem dignidade?

Estes receios, empenhando a soberania na honra dos seus tribunaes e no exercicio da sua primeira attribuição, conduzem necessariamente a exigir uma revisão fundamental.

Serão elles justificados? Será este o melhor caminho a seguir com o fim de administrar san justiça?

Taes são as questões que collocam os escriptores em dois campos abertamente oppostos, defendendo uns a exigencia, outros a rejeição d'aquelle exame.

Eis a doutrina dos primeiros:

«O que constitue verdadeiramente a controversia, escreve Stelian, é a questão de saber se o tribunal francez, ao qual se pede para collaborar na execução da sentença extrangeira, não comprometteria a sua dignidade e o seu prestigio, prestando a esta sentença apoio e auxilio, sem investigar se o documento que lhe apresentam sob a apparencia d'uma sentença contém alguma injustiça, e tornando-se talvez cumplice d'uma violação odiosa da justiça e da equidade. É n'isto que reside, segundo o nosso pensar, a razão decisiva que legitima o direito dos tribunaes francezes reverem fundamentalmente as sentenças extrangeiras [1]».

Por seu turno Moreau defende identica doutrina: A maxima «*res judicata pro veritate habetur*» representa-se a este auctor como a traducção fiel d'uma exigencia social. Para a justificar não é preciso ligal-a a um principio philosophico. Sem esta presumpção legal não haveria segurança de direitos adquiridos

[1] *Ob. cit.*, pag. 203.

e a anarchia manifestada nos interesses privados acabaria por destruir a propria ordem social. A dignidade da auctoridade publica e a salvaguarda dos direitos dos cidadãos são razões sufficientes para manter uma ficção que a previdencia das leis ha muito estabeleceu. «Quando um legislador attribue ás decisões dos tribunaes este valor excepcional tem direito para o fazer porque obra com conhecimento de causa: regulamentou a organisação judicial; exigiu dos magistrados garantias de capacidade e integridade, mantendo tambem a sua independencia; prescreveu, emfim, as fórmas de processo que lhe pareceram apropriadas para assegurar a investigação da verdade e obter uma justiça exacta na applicação das leis,—n'uma palavra, acham-se reunidas todas as precauções que a prudencia deve tomar para obter uma boa sentença, e então o legislador póde dar satisfação áquella necessidade social, declarando invenciveis as sentenças pronunciadas nas condições determinadas e cuja justiça não lhe parece duvidosa; póde legitimamente dar-lhes auctoridade de caso julgado e dotal-as com a força d'uma verdade absoluta: «*res judicata pro veritate habetur*».

«Ninguem affirmará, porém, que a situação seja a mesma a respeito das sentenças extrangeiras.

«A lei nacional não conhece os principios que presidem á organisação judiciaria, nem as garantias de ordem intellectual e moral que offerecem os juizes, nem ainda as protecções concedidas aos direitos pelas leis do processo. Na verdade, o legislador sabe

o que deve pensar a este respeito, pelo menos relativavamente a algumas legislações, mas não fórma juizo seguro de todas e, sobretudo, o conhecimento que d'ellas tem não póde passar para a lei. Acceitar, pois, a auctoridade do caso julgado pelas sentenças extrangeiras é não só illogico mas tambem perigoso, porque se reconhece força d'uma presumpção legal de justiça a uma sentença que póde ter sido pronunciada nas condições mais deploraveis, e ser uma audaciosa violação dos direitos mais sagrados e mais certos, reconhecendo-se, assim, effeitos a julgamentos iniquos. Ora ha necessidade de perguntar se a ordem social não perigará com semelhantes resultados? [1]».

De resto, accrescenta Hanquet, um tribunal pronuncia sentenças e não se póde julgar sem apreciar o proprio merito da questão que se quer decidir [2].

Raoul Bloch segue abertamente o mesmo parecer já á face da legislação franceza, já em vista dos dictames da razão e da equidade. «A causa deve ser proposta perante o tribunal francez como o foi perante o tribunal extrangeiro. Perante elle os dois adversarios terão o direito de fazer valer todas as razões, de apoiar as suas affirmações em todas as provas que possam colligir, de produzir testemunhas, de fazer pleitear advogados; e estes ultimos não deverão sómente provar que a questão foi submettida ao tribunal extrangeiro, que o reu foi devidamente citado, que o respectivo tribunal era o com-

[1] Moreau, *Effets internationaux des jugements*, n.º 250.

[2] *Ob. cit.*, pag. 82 e seg.

petente e que a sentença é regular na fórma; deverão perante os juizes francezes debater o merito da questão, como fizeram perante os juizes extrangeiros, e n'este debate, em que tudo será revisto, em que todos os factos capazes de fazer inclinar a balança para um lado ou para o outro serão apreciados, em que todos os meios de defesa antigos e talvez mesmo novos serão empregados, os juizes francezes deverão diligenciar descobrir a verdade; se o julgamento extrangeiro, submettido ao seu exame, lhes parecer conforme á verdade, deverão ordenar o *exequatur*, se pelo contrario a questão lhes parecer mal julgada fundamentalmente, ou mesmo no mais pequeno detalhe, deverão recusar-se a deixar executar em França o que lhes não parece ser de justiça [1]».

Ao lêr esta pagina é licito perguntar se não valerá mais propôr uma nova acção, abandonando o pretendido favor da observancia das sentenças extrangeiras?

O mais insignificante detalhe tem força para annullar todo o processo, pondo completamente de parte o julgamento pronunciado pelos tribunaes extrangeiros! Ao menos quem litiga em acção nova, se só tem justiça em parte do pedido, está seguro do seu reconhecimento [2].

[1] *Ob. cit*, pag. 64 — Veja-se no mesmo sentido: Roy, *De l'effet en France des jugements étrangers*, pag. 82 — Léonce Thomas, *ob. cit.*, pag. 86 e 93.

[2] Stelian (pag. 207) affirma egualmente que deve ser recusado o *exequatur* a toda a sentença, muito embora só se julgue

E deve antes de tudo notar-se que esta doutrina acaba por aniquilar os proprios principios que começou por estabelecer. Reconhecer em theoria a necessidade de respeitar as sentenças extrangeiras, e cercar na pratica a sua observancia de condições tão rigorosas como as exigidas por estes escriptores, é na realidade esquecer o fim proposto.

De facto, que importa que o novo processo deva ser intentado tendo por base uma nova acção, em cujo termo o magistrado decida livremente, como se a sentença extrangeira não existisse de todo, ou tendo, ao contrario, por origem um pedido de *exequatur* que dê, porém, logar a nova producção de todas as excepções de facto e de direito? Reproduzir-se-hão as mesmas incertezas, os mesmos incommodos e as mesmas despezas, — no fundo, uma coisa vale a outra.

Mas a dignidade dos tribunaes nacionaes? A obrigação que tem toda a soberania de administrar justiça? Deveremos depositar inteira confiança nas instituições de todos os paizes? Não poderá mesmo a magistratura de qualquer Estado commetter erros que os juizes nacionaes devam emendar?

Ha n'estas considerações duas ordens de defeitos: uma excessiva desconfiança dos tribunaes ex-

improcedente parte do pedido. Outros auctores abandonam esta opinião, admittindo *exequatur parcial*.

Não póde, porém, dizer-se, n'este ultimo caso, que a sentença executada seja a proferida pelo tribunal extrangeiro, visto ter soffrido profundas alterações por parte da justiça nacional.

trangeiros, e uma excessiva confiança nos tribunaes nacionaes.

E, na realidade, legitimo este cego receio de injustiça para com sentenças pronunciadas fóra do paiz?

A observação, justamente apreciada, apresenta-se com uma feição mais theorica, para não dizer rhetorica, que pratica.

Em primeiro logar, convém restringil-a aos seus verdadeiros limites; a grande maioria dos Estados que entre si mantêm relações juridicas offerece as condições geraes de segurança, razoavelmente exigiveis, para garantia d'uma boa administração de justiça, — mostra-o o conhecimento que temos das instituições d'esses paizes, mostra-o ainda a propria união intima que liga os povos.

De facto, se as bases em que assentam as organisações politicas e judiciaes d'esses Estados não offerecessem sufficientes condições de segurança, só teriam podido desenvolver-se entre elles fracas relações, porventura em curto tempo de todo estioladas; nem d'outra fórma se comprehende a vida commercial cujo desenvolvimento tanto carece de bôa fé e de credito.

Não quer isto dizer que os magistrados d'esses paizes não possam errar; mas a verdade attribuida a todas as sentenças não passa d'uma ficção legal reclamada por exigencias sociaes. E, se a possibilidade de erro applicada ás relações internacionaes legitimasse a revisão fundamental do processo, trans-

portada para as relações internas justificaria um numero infinito de instancias e, conseguintemente, a rejeição do caso julgado.

A revisão pelos tribunaes do paiz onde deve executar-se a sentença extrangeira representa, no fundo, uma descabida vaidade nacional, porque, se os juizes extrangeiros podem errar, os nacionaes tambem não são impeccaveis.

Por outro lado, mesmo supponddo que o exame fundamental evitava n'um caso particular a observancia d'uma sentença injusta, esta vantagem, considerada debaixo do ponto de vista social, não compensaria de modo algum os graves inconvenientes produzidos pela adopção d'aquella medida como regra geral. Tanto mais que raramente se tratará d'uma *injustiça evidente*; na maioria dos casos haverá, antes, divergencias entre o parecer do juiz nacional e o do juiz extrangeiro sobre materia duvidosa, sem se poder dizer d'uma maneira positiva qual dos dois é preferivel.

Em geral não é, pois, razoavel desconfiar da justiça extrangeira, cuja organisação offerece sufficientes condições de imparcialidade, nem tambem attribuir á nacional uma absoluta impeccabilidade.

Entretanto, para com alguns paizes esta confiança não póde ser tão absoluta; ainda, porém, quanto a estes a solução deve ser identica.

E uma outra restricção importa fazer n'este logar: ha muitas nações com as quaes os paizes mais adeantados têm concluido tratados especiaes em que esta

questão está especialmente regulada. D'essas não devo occupar-me; a previdencia dos povos encarregou-se de resolver todas as difficuldades, elaborando convenções a cuja acção se deverá, quasi exclusivamente, a sua vida internacional.

Outras existem, porém, fóra d'estas circumstancias.

Mas, em primeiro logar, o lado social por que sou obrigado a olhar a justiça ao seguir um alvitre sôbre a observancia das sentenças extrangeiras, leva-me a não sacrificar a grande maioria dos Estados a um pequeno numero de paizes, com os quaes se manterão, em regra, raras relações.

Póde, é certo, para obviar este incoveniente, recorrer-se ao alvitre de concluir tratados internacionaes com os differentes Estados, cuja civilisação pareça sufficientemente adeantada para offerecer serias garantias de segurança.

Se, porém, estou inteiramente convencido da verdade dos principios que defendo, não estou menos convencido da difficuldade com que elles são geralmente acceitos.

O expediente proposto, além de nada remediar, como em breve mostrarei, oppunha, pois, graves embaraços á realisação do systema.

Para evitar este ultimo defeito podia tambem estabelecer-se uma enumeração taxativa na lei. Seria sem duvida um meio mais simples; entretanto, mesmo sem fallar nas represalias que a medida provocaria por parte dos tribunaes extrangeiros e na

impossibilidade de adoptar um criterio seguro para tal enumeração que, essencialmente, equivalia a uma classificação dos Estados em civilizados e não civilizados, tenho o direito de afastar da esphera das relações internacionaes um systema, para cuja realização seria preciso lançar mão d'um meio tão altamente impolitico [1].

Depois de vencidas, porém, tantas difficuldades, suppondo mesmo ser possivel vencel-as, teriamos ao menos conseguido, por meio do exame fundamental, uma situação que offeresse as garantias d'aquella segura administração de justiça que procurámos alcançar?

Os partidarios d'este systema esquecem por completo um dos lados da questão; absorvidos inteiramente pelas injustiças *possiveis* commettidas por um juiz extrangeiro, não se lembram das injustiças *certas* produzidas pela doutrina que adoptam.

Por um lado, dispensar a revisão fundamental não quer dizer abandonar todas as condições d'uma boa administração de justiça; por outro, obrigar as partes a pleitearem tantas vezes a mesma causa, quantos os paizes em que pretendam executar a sentença e as instancias a que cada paiz as sujeite, é collocal-as na impossibilidade de fazerem valer os seus direitos, á força de lh'os querer salvaguardar.

Além d'isto, a situação do tribunal encarregado da revisão é especialmente melindrosa; a propria natu-

[1] Moreau, *ob. cit.*, n.º 252 — Fusinato, *ob. cit.*, pag. 64 e seg.

reza do litigio torna a sua libertação do tribunal extrangeiro quasi impossivel.

A elle deverá recorrer em muitas questões de facto, sob pena de desprezar valiosissimos elementos de decisão; e, pondo de parte as suas indicações, ver-se-ha seriamente embaraçado nas questões de direito, para cuja solução frequentes vezes terá de applicar a lei extrangeira.

Sendo assim, que maiores garantias de justiça offerece o novo exame que a força das coisas obriga a ser moldado pelo tribunal extrangeiro?

E, se a justiça nacional quizer a todo o transe libertar-se da justiça extrangeira, quem não vê que por cada elemento desprezado se levanta uma difficuldade para a recta apreciação da questão, e por cada difficuldade uma possibilidade de erro?

Valerá a pena para isto sujeitar os litigantes á pluralidade de instancias—consequencia ultima da revisão fundamental?

Com a solução que dou ao problema podem ficar de pé algumas difficuldades, mas resultam menos do proprio systema que do facto de estarmos em presença de relações juridicas internacionaes e, conseguintemente, de questões por natureza embaraçosas.

Dispensando-se a revisão fundamental promover-se-ha o desenvolvimento da actividade dos povos, obtendo-se todas as vantagens que lhe são inherentes; conseguir-se-ha um tratamento favoravel no extrangeiro, evitando occasiões de represalias prejudiciaes;

respeitar-se-ha o direito competentemente reconhecido, não favorecendo a má fé do devedor; finalmente, dar-se-ha satisfação condigna ao espirito de fraternidade que hoje anima a vida dos Estados e que torna quasi incomprehensivel a antiga synonymia, que a velha Europa muito fiel á tradição romana manteve por seculos, entre as palavras *hospes* e *hostis*.

Para que as sentenças extrangeiras possam, porém, produzir effeitos exterritoriaes devem satisfazer a certos requisitos. Segue-se naturalmente expol-os:

Competencia do tribunal. — Todas as legislações, todos os tratados, todos os escriptores são unanimes em reconhecer, como primeira e essencial condição para a exterritorialidade das sentenças extrangeiras, a legitima competencia do tribunal que as pronunciou.

Sem a *potestas cognoscendi et decidendi causam* nunca o juiz poderia pronunciar uma sentença com auctoridade para estabelecer os direitos respectivos das partes.

Divergem, todavia, muito as opiniões sobre a determinação da lei, segundo a qual deve ser apreciada a competencia ou a incompetencia do tribunal extrangeiro.

Uns affirmam dever observar-se a lei do paiz onde se pretende executar a sentença. «O poder que

o juiz tem de julgar e a obrigação imposta aos litigantes de se sujeitarem á sua decisão derivam da soberania; esta obriga o auctor e o reu a submetterem-se necessariamente ao juizo d'aquelle a quem foi concedida a faculdade de julgar. Se, por conseguinte, o poder de julgar deriva da soberania, seria absurdo que um Estado acceitasse a sentença d'um juiz extrangeiro, abstrahindo das proprias leis de competencia [1]».

Lemoine segue identica doutrina. «Decide-se geralmente que esta competencia, quer segundo a natureza do litigio, quer em virtude de convenções expressas ou tacitas entre os dois Estados, deve ser apreciada conforme a lei e a jurisprudencia do logar, onde se quer fazer produzir effeito ao julgamento. Como poderia, na realidade, um magistrado conceder credito a uma decisão pronunciada por um tribunal que a sua lei declara incompetente para conhecer da questão? [2]».

Outros, porém, preferem attender á lei do paiz onde a sentença foi pronunciada, «porque pertence á soberania do logar repartir os poderes publicos como melhor convier ao povo governado,» resalvando-se, comtudo, a ordem publica quando porventura esteja interessada [3].

[1] Leclercq, cit. por Fiore, *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, pag. 109.

[2] *Des effets produits par les jugements étrangers*, pag. 144.

[3] Rossi, *ob. cit.*, pag. 73 — Moreau, *ob. cit.*, pag. 84.

Um terceiro parecer, considerando todas estas observações, exige que na determinação da competencia sejam observadas as duas leis.

«Para nós, escreve Thevenet, deve o tribunal que pronunciou a sentença ser competente não só segundo as leis do paiz a que pertence, mas tambem segundo as do paiz da execução. Observa-se assim o principio da territorialidade da competencia, e dá-se, ao mesmo tempo, satisfação aos escrupulos legitimos do magistrado que tem de reconhecer um julgamento extrangeiro. Na realidade, como poderia este conceder qualquer credito á sentença pronunciada por um tribunal incompetente, segundo a sua lei, para conhecer a questão? [1]».

Tambem Despagnet sustenta identica doutrina affirmando que, não sendo o tribunal tambem competente segundo a lei do paiz onde a sentença deve executar-se, haverá violação de regras de competencia, isto é, de verdadeiras leis de ordem publica [2].

Asser opina egualmente n'este caso, ser a sentença, uma consulta, um parecer emittido sobre a questão, mas nunca a decisão d'aquelle a quem o Estado considera como tendo o direito de julgar [3].

Nenhum dos tres alvitres expostos parece acceitavel, — todos esquecem o campo em que o problema se desenvolve e as questões que suscita.

[1] Thevenet, *Des jugements étrangers*, pag. 31.
[2] *Ob. cit.*, pag. 331.
[3] *Revue de droit international*, 1869, pag. 408.

De facto, tratando-se de relações internacionaes é mister assentar antes de tudo qual o Estado que deve decidir a controversia; só depois d'isto ha necessidade de determinar qual dos differentes tribunaes d'esse Estado tem competencia para o caso especial.

A primeira questão pertence, como se vê, ao direito internacional; não se trata de dois tribunaes d'um mesmo Estado com uma lei positiva superior reguladora da sua acção respectiva, mas sim de duas soberanias differentes ás quaes nenhuma lei particular póde impôr-se; — está, pois, fóra de causa o direito interno, cuja alçada se limita á competencia respectiva dos tribunaes. É aos principios geraes de direito internacional que devemos ir buscar a regra que ha de presidir á distribuição da jurisdicção entre os differentes Estados; o contrario seria não só permittir que o legislador extrangeiro illudisse os mais justos principios, reservando-se uma acção desmedida, mas tambem abdicar os proprios principios, fazendo derivar a sciencia da lei.

Quando, porém, se pretende determinar qual dos tribunaes do Estado, que tem jurisdicção internacional para tomar conhecimento da questão, deve ser declarado especialmente competente, não póde haver duvida sobre a legitimidade da applicação da lei do paiz onde a sentença foi pronunciada. Só a essa soberania pertence distribuir entre os seus magistra-a respectiva jurisdicção, não podendo sem grave violencia julgar-se a *competencia interna* por uma lei

extrangeira; a administração da justiça e a repartição das attribuições a ella inherentes relacionam-se directamente com a organisação dos proprios tribunaes, com o seu numero e com a sua importancia; nem mesmo materialmente poderia applicar-se a qualquer Estado uma lei extrangeira sobre competencia, em vista das differenças que separam as diversas organizações judiciaes.

Contra este parecer tem-se invocado as exigencias da soberania do Estado onde a sentença deve executar-se, mas o argumento carece em absoluto de fundamento. «É verdade, escreve Fiore, que as leis de competencia fazem parte do direito publico do Estado; — pretendemos nós, porém, que a competencia dos nossos tribunaes possa ser regulada pela lei extrangeira? N'isto encontrariamos a offensa. Pelo contrario, dizemos que, attribuida a jurisdicção aos tribunaes d'um Estado, a competencia conforme é regulada pela respectiva lei, embora muito diversa da nossa, deve ser reconhecida em toda a parte[1]».

O problema resolve-se, pois, n'uma questão de jurisdicção internacional e de competencia interna.

Resta agora determinar até onde deve extender-se a acção do juiz ao examinar a sentença extrangeira.

Nenhuma duvida póde haver sobre a necessidade de apreciar a jurisdicção internacional, — vão ahi os proprios direitos da soberania que é preciso tutelar.

[1] *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, pag. 118.

Deverá, porém, apreciar-se identicamente a competencia interna?

Os principios expostos levam-me a responder negativamente.

Na realidade, a questão da competencia acha-se geralmente ligada á questão de facto, e não póde ser apreciada sem se conhecer do proprio merito da sentença, procedendo assim a uma revisão fundamental.

É necessario estudar o objecto da contestação, a sua indole juridica e a apreciação que d'ella foi feita pelo juiz que pronunciou a sentença, para poder tomar uma decisão sobre a competencia ou incompetencia d'esse juiz.

A questão está pois prejudicada pelas opiniões já defendidas.

De resto, «pertencendo, no caso dado, a jurisdicção aos tribunaes d'um Estado, a competencia d'um ou d'outro d'esses tribunaes apresenta-se aos nossos magistrados como a questão do exame fundamental: sobre o merito e sobre a competencia existe já a força invencivel do caso julgado. Defendidos os direitos da soberania pelo reconhecimento da jurisdicção internacional do Estado extrangeiro, esta nova investigação sobre a competencia interna equivale a uma desconfiança injustificavel para com a auctoridade judicial extrangeira. A causa percorreu todas as instancias legitimas, a excepção de incompetencia não foi adduzida ou foi rejeitada, e a sentença tornou-se definitiva e executoria. Se se estabelece uma presum-

pção absoluta de justiça em favor da decisão do juiz extrangeiro quanto ao merito da causa, que differentes razões podem existir para a negar pelo que respeita á competencia? [1]».

Citação.—O primeiro dircito de evidente justiça que compete áquelle, contra quem se offerece qualquer pedido perante um tribunal, é ter noticia de tal pertensão a fim de poder defender-se.

Uma decisão judicial não deve ser declarada executoria caso não apresente os requisitos essenciaes d'uma sentença, e póde dizer-se viciada na sua essencia quando faltar a citação das partes, tendo a acção corrido á revelia.

Deve, porém, exigir-se uma citação real, que avise competentemente o reu dando-lhe tempo para exercer livremente os seus direitos de defeza, e não uma mera citação formal.

Alguns auctores chegam a reclamar um debate contradictorio para que a sentença possa produzir effeitos exterritoriaes, como prova de que foram assegurados todos os direitos de defeza [2]. Tal exigencia parece-me, comtudo, excessiva, pdendo mesmo dar logar a què o devedor de má fé se sirva da revelia para illudir os legitimos direitos dos seus credores.

Sob estas reservas, as questões de processo e as

[1] Fusinato, *ob. cit.*, pag. 93.

[2] Dognée-Devillers, *Annales du congrès de Gand*, 1863, pag. 169, cit. por Marino,

relativas á validade da citação e da revelia, segundo accordo geral, devem ser reguladas pelo *lex fori*.

As legislações dos differentes Estados não offerecem, de ordinario, quanto á citação de pessoas residentes no extrangeiro todas as garantias desejaveis.

Ha urgente necessidade de reformas que assegurem inteiramente os direitos do reu, já dando-lhe conhecimento da citação, já estabelecendo prazos sufficientemente longos em vista a tornar possivel uma defeza effectiva [1].

[1] O *Instituto de Direito Internacional* occupou-se d'este assumpto na sessão de 1878, adoptando um projecto de reforma que Fusinato transcreve nos termos seguintes:

«Quando la persona, a cui la citazione dev' essere notificata, è domiciliata o residente all' estero, la citazione dovrà venire ad essa comunicata nel luogo del suo domicilio o della sua residenza, nella maniera e secondo le forme prescritte dalle leggi in quel luogo vigenti.

Qualora nè il domicilio nè la residenza del convenuto fossero noti all' attore, ma bensì lo Stato al quale esso appartiene, la citazione dovrà avvenire mediante affissione alla porta esterna della sede dell' autorità giudiziaria dinanzi alla quale si propone la domanda, e mediante consegna d'una copia della citazione stessa al Ministero Publico presso il tribunale civile nella cui giurisdizione siede l'autorità medesima. Il Ministero Publico trasmetterà la copia della citazione al Ministro degli Affari Esteri, il quale alla sua volta per via diplomatica la trasmetterà al Ministro degli Affari Esteri dello Stato a cui il convenuto appartiene. A cura del Ministro degli Affari Esteri di tale Stato la citazione dovrà venire inserita per tre volte, a intervalli, nel giornale per gli avvisi giudiziarii, e almeno in due altri giornali quotidiani diffusi. — Della avvenuta pubblicazione verrà data

Preceitos de direito internacional; questões de ordem publica. — Para que uma sentença proferida por tribunaes extrangeiros possa produzir effeitos exterritoriaes deve respeitar os principios de direito internacional.

partecipazione per la via medesima al Ministero Pubblico da cui fu trasmessa la citazione.— Quando neppure fosse noto lo Stato a cui il convenuto appartiene, la citazione averrà mediante affissione alla porta esterna della sede della competente autorità giudiziaria, e mediante inserzione, nella maniera qui sopra indicata, nei giornali di due Stati almeno, ai quali si presume che il convenuto appartenga, o vi si trovi. — Il termine per comparire comincierà a decorrere dopo l'avvenuta notificazione al convenuto, ovvero dopo compiute le indicate formalità della affissione e della inserzione nel giornale degli avvisi giudiziarii. L'estensione dei termini sarà stabilita nei singoli trattati, in relazione delle distanze cho separano i due Stati contraenti. — Qualora, trascorso il termine, il convenuto non comparisse, il tribunale nominerà d'uffizio un curatore che lo rappresenti e lo difenda».

Alguns alvitres propostos per Fiore podem tambem ser aproveitados com vantagem. Segundo este auctor os prazos para comparencia em juizo devem ser estabelecidos em razão das distancias, fazendo-se distincção entre Estados limitrophes, Estados continentaes e Estados separados por mar; a prova do cumprimento das formalidades estabelecidas deve pertencer ao auctor, revertendo a omissão ou a execução imperfeita em seu prejuizo; o auctor póde ser submettido a um interrogatorio para declarar se ignora o domicilio ou a nacionalidade do reu e, sendo falsa a sua declaração, considerar-se-ha nulla a citação; finalmente, Fiore parece preferir a correspondencia directa entre os magistrados dos differentes paizes á via diplomatica. (*Effecti internazionali delle sentenze e degli atti*, pag. 158 e seg.).

«Esta regra, escreve Fiore, não terá hoje larga applicação porque não são muitos os principios geraes de direito internacional privado declarados obrigatorios por todos os Estados, e menos ainda os que determinam a condição da propriedade privada em tempo de guerra, mas se, como esperamos, forem estabelecidas regras certas e reciprocamente obrigatorias para resolver os conflictos entre as diversas legislações d'um modo uniforme, deverá considerar-se inefficaz uma sentença pronunciada contra taes regras acceitas pelo accordo dos Estados».

Deve, porém, fazer-se rigorosa distincção entre a expressa contrariedade com o direito constituido, e as questões que porventura se levantem sobre a interpretação das disposições legislativas.

Esta regra tem immediata applicação aos preceitos de direito internacional codificadas por cada Estado.

Assim, o nosso codigo civil determina que os portuguezes que viajam ou residem em paiz extrangeiro, e os extrangeiros que viajam ou residem em Portugal, se conservem sujeitos ás leis dos respectivos paizes, quanto ao seu estado e capacidade civil (art. 24 e 27); assignando, por outro lado, a epocha da maioridade aos vinte e um annos completos (art. 311).

Outras legislações dispõem, contrariamente, que a capacidade depende da lei do logar onde o individuo tem o seu domicilio.

N'estes termos póde succeder que uma sentença proveniente da Austria, por exemplo, onde a maio-

ridade é fixada aos vinte e quatro annos, tenha por fundamento a incapacidade d'um portuguez de vinte e dois annos ahi domiciliado.

O juiz austriaco procedeu sem duvida correctamente obedecendo ás determinações da lei do seu paiz, mas, por outro lado, o tribunal portuguez não póde prestar o seu apoio á violação d'uma regra, cuja observancia é em especial obrigado a garantir.

A doutrina exposta encontra a sua justificação na necessidade de respeitar a soberania nacional, não permittindo que os tribunaes extrangeiros menosprezam as suas determinações [1].

As exigencias impostas pela *ordem publica* reclamam tambem n'esta materia a sua devida applicação.

Deve, porém, notar-se que, debaixo d'este ponto de vista, a soberania só póde ser interessada pela propria execução da sentença no seu territorio, e não pela sentença em si mesma,— n'estes termos é o effeito em questão, e não a origem, que é preciso consultar.

São estes os principaes requesitos exigidos pela

[1] A falta de uniformidade entre as leis dos diversos paizes quanto á competencia legislativa e á jurisdicção internacional, ha de necessariamente difficultar muito a observancia das sentenças pronunciadas por tribunaes extrangeiros, e tornar menos efficaz qualquer accordo a que, para este fim, os Estados cheguem.

Tem, pois, razão Guido Fusinato quando diz, que se devia começar por resolver os conflictos possiveis entre as leis civis, commerciaes e de processo, e que o accordo para a execução reciproca das sentenças devia ser o ultimo capitulo da codificação do direito internacional privado.

maioria dos escriptores modernos, interpretes das tendencias das relações internacionaes, a fim de conceder ás sentenças extrangeiras o beneficio da exterritorialidade [1].

Um dos effeitos produzidos pela sentença regularmente pronunciada é fixar a condição dos litigantes em face da lei, quanto ao assumpto da contestação.

Tal é o seu fim immediato, e a decisão proferida definitivamente adquire força de affirmação inatacavel.

A sentença não poderia, porém, satisfazer o papel que é chamada a representar, se a sua acção ficasse limitada a este effeito; por isso as differentes legislações concedem ao vencedor a faculdade de execução *manu militari* contra o seu adversario.

«O fim verdadeiro, efficaz, d'uma instancia judicial não está sómente na proclamação publica, no reconhecimento pelo juiz do direito allegado, mas tambem na execução effectiva do que constitue esse direito, isto é, quer no cumprimento da promessa, quer no

[1] Para informações mais detalhadas, que os limites d'este estudo obrigam a omittir, sobre os requisitos exigiveis ás sentenças extrangeiras como prévia condição para a sua observancia, consulte-se principalmente: Fiore, *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, pag. 77 e seg.—Marino, *ob. cit.*, pag. 132 e seg..

pagamento da divida, quer ainda na restituição da propriedade.

Em todos os Estados a execução das sentenças é garantida pela lei e assegurada pela força publica, tanto no interesse da dignidade e auctoridade da justiça, como no dos cidadãos. De outro modo, se o legislador abandonasse as partes a si mesmas, a obra da justiça seria desprovida de sancção; a fraude, a má fé e as paixões triumphariam pela recusa de obediencia ás ordens do juiz [1]».

Sem este effeito a simples vontade da parte vencida bastaria, pois, para illudir inteiramente os legitimos direitos da parte vencedora e a auctoridade do tribunal competente.

«Importa, porém, estabelecer uma linha de demarcação bem nitida entre a auctoridade do caso julgado, resultante da intervenção do poder judicial, e a força executoria da sentença, derivada directamente da soberania. Muitas vezes, com effeito, confunde-se a *jurisdictio* do magistrado encarregado de apreciar, reconhecer, proclamar e proteger os direitos, com o *imperium* do poder soberano, unico senhor da força publica e, por consequencia, unico capaz de assegurar a execução das decisões judiciaes *etiam manu militari*. Entretanto, a distincção apresenta um interesse capital, sobretudo para aquelles que procuram resolver as

[1] Lemoine, *Des effets produits par les jugements étrangers*, pag. 136.

delicadas questões relativas aos effeitos exterritoriaes das sentenças [1]».

Esta differença é tão verdadeira, que muitos Estados a applicam mesmo ás sentenças proferidas pelos proprios tribunaes, determinando não possam ser executadas sem uma ordem especial de certos officiaes publicos encarregados de a conceder; e, entretanto, isto não impede o prévio reconhecimento da auctoridade do caso julgado, — ha, pois, n'ellas duas qualidades absolutamente independentes.

Deverão sujeitar-se essas diversas feições da sentença ás mesmas regras, relativamente aos respectivos effeitos exterritoriaes?

Não me parece.

Quando uma sentença tem de produzir effeitos inherentes á sua qualidade de titulo executorio, torna-se necessaria a intervenção directa da soberania local para lhe imprimir, por meio do *exequatur*, a força de que até ahi era desprovida.—A propria independencia dos Estados o exige: o poder soberano, exclusivo dentro do seu territorio, não póde extender-se além das respectivas fronteiras, e permittir a execução *de plano* das sentenças proferidas por tribunaes extrangeiros seria conceder-lhes direitos de soberania no territorio nacional.

De resto, como já atraz tive occasião de expôr desenvolvidamente, é sempre necessario verificar se a

[1] Lachau et Daguin, *De l'exécution des jugements étrangers*, pag. v.

sentença extrangeira satisfaz a um certo numero de requisitos.

Outro aspecto toma, porém, a questão, quando a sentença se adduz como uma simples definição das posições reciprocas dos litigantes; não ha então uma ordem a cumprir, ha um mero certificado de direitos a respeitar.

A sentença existe por si desde que foi pronunciada; o *exequatur* em nada altera os direitos e deveres reconhecidos aos litigantes. Por outro lado, um tribunal, julgando, não pratica um acto de soberania por sua propria natureza, limita-se a reconhecer os direitos das partes em face dos factos e das leis.

Stelian critica esta doutrina com as seguintes palavras: «Não queremos de modo algum invocar em apoio da nossa these a offensa que se faria á soberania franceza, reconhecendo ás sentenças extrangeiras força de caso julgado em França, mas não podemos deixar de notar, a este respeito, na doutrina opposta uma nova inconsequencia.

Comprehende-se, diz-se n'esta doutrina, que uma sentença extrangeira só possa ser *executada* em França depois de ter sido revestida de força executoria por um tribunal francez: toda a soberania é, com effeito, essencialmente territorial, e os agentes da força publica não devem obedecer senão ás ordens emanadas dos seus representantes legaes. Mas, accrescenta-se, outra é a questão quando se trata do reconhecimento da auctoridade do caso julgado. Este traduz-se n'um simples facto, constitue um estado

de certo modo *passivo* diametralmente opposto á execução, fórma d'um estado activo. Assim, supponha-se que um individuo munido d'uma sentença extrangeira quer executal-a em França; se para isso tiver necessidade de se dirigir a um agente da força publica, este poderá responder-lhe «não reconheço essa sentença, não sou obrigado a obedecer ás ordens d'uma auctoridade extrangeira; fazei revestir a vossa sentença de força executoria por um tribunal francez, e só então vos prestarei o meu concurso». Mas, se o mesmo, credor, chamado a juizo em França pelo proprio devedor, quizer oppôr em compensação a este ultimo o credito resultante da sentença extrangeira de que está munido, poderá o tribunal usar da mesma linguagem que o agente da força publica? Evidentemente não. Uma vez estabelecido que o documento apresentado é uma verdadeira sentença debaixo do ponto de vista da fórma, o tribunal francez deverá inclinar-se perante este acto da soberania extrangeira. Em vão, o novo réu pretenderá provar que nada deve e que o julgamento é iniquo; responder-lhe-hão: a lei é inflexivel: *res judicata pro viritate habetur!*

Mas então, perguntaremos, porventura o principio da soberania será menos sensivel, menos susceptivel, na pessoa do juiz que na do agente da força publica? [1]».

Stelian não distinguiu devidamente as duas differentes feições com que a sentença extrangeira se

[1] *Ob. cit.*, pag. 214.

apresenta ao juiz e ao official encarregado da sua execução, feições que, entretanto, muitas vezes não obstam a producção de effeitos identicos.

O juiz, observando a sentença extrangeira, só respeita os legitimos direitos do vencedor; ao contrario, o official publico que a executa vai além, cumpre uma ordem.

É preciso, porém, não fazer á sombra d'esta doutrina affirmações exaggeradas. Do facto do *exequatur* só ser preciso para os actos de execução não deve concluir-se poder a sentença extrangeira deixar de satisfazer aos requesitos atraz indicados.

Uma sentença, sem ter sido expressamente declarada executoria, póde ser invocada em juizo, e o tribunal deve-lhe a respectiva homenagem. Mas isto não impede que contra ella sejam validamente adduzidas todas as opposições efficazes para lhe negar *exequatur*.

Erram por isso os escriptores quando, ao expôr os requesitos a que as sentenças proferidas por tribunaes extrangeiros devem obedecer, os apresentam como condições para a concessão do *exequatur*. Esta doutrina é excessivamente restricta; aquelles requesitos são indispensaveis seja qual fôr o effeito que a sentença deva produzir [1].

O estudo feito sobre a execução das sentenças

[1] As sociedades scientificas, os congressos e mesmo os gover-

proferidas por tribunaes extrangeiros simplifica consi-

nos de alguns Estados têm-se occupado com interesse das medidas destinadas a regulamentar a execução das sentenças extrangeiras.

A questão já em 1863 chamava a attenção do congresso reunido em Gand por iniciativa da *Association internationale pour le progrès des sciences sociales*.

As conclusões a que chegou Lelièvre, relator da commissão então nomeada, — segundo as quaes as sentenças extrangeiras deviam ser respeitadas, salvo offendendo os principios de ordem publica da nação onde se requeresse a execução, — foram adoptadas pelo congresso de Amsterdam de 1864.

O ministro dos negocios extrangeiros da Hollanda, barão de Gericke d'Hercoynen, redigiu em 1874 um projecto sobre a competencia internacional e execução das sentenças extrangeiras, propondo ao mesmo tempo ás potencias a reunião d'uma conferencia em Haya, conferencia que não chegou a realisar-se devido sobretudo á má vontade da França, da Inglaterra e da Noruega.

O *Institut de droit international* occupou-se da competencia internacional na sessão de Haya (1875) e da execução das sentenças extrangeiras na de Paris (1878), confirmando mais tarde as resoluções adoptadas na sessão de Hamburgo (1891).

Por seu turno a *Association pour la reforme et la codification du droit des gens* estudou successivamente o assumpto nas sessões de Brême (1876), Anvers (1877), Milão (1883) e Londres (1887). N'esta ultima exprime-se o desejo de que a execução das sentenças proferidas por tribunaes extrangeiros faça objecto de convenções entre os differentes Estados, devendo estas ser moldadas pelos principios votados na sessão de Milão, cujos tinham sido os seguintes:

«1.° Le jugement doit être rendu par un juge compétent. Des règles de compétence uniformes doivent être déterminées par la convention qui établira l'accord international ci-dessus mentionné. 2.° Les parties doivent avoir été dûment assignées. 3.° S'il s'agit

deravelmente a solução das questões suscitadas pela fallencia.

d'un jugement par défaut, la partie contre laquelle il a été rendu doit avoir eu connaissance du litige et la possibilité de s'y défendre. 4.° Le jugement ne doit rien contenir qui soit contraire ni à la moralité, ni à l'ordre, ni au droit public de l'Etat où il doit être exécuté. 5.° Le jugement doit être exécutoire dans le pays où il a été rendu. 6.° Le juge requis pour l'exécution ne doit pas examiner au fond le débat, mais seulement s'enquérir de l'existence des conditions légales sus-mentionnées. 7.° Un jugement étranger qui remplit ces conditions doit produire les mêmes effets qu'un jugement national, soit qu'on en requière l'exécution, soit qu'on s'en serve comme chose jugée. 8.° Les formes et les moyens de l'exécution doivent être réglés par la loi du pays où l'exécution est demandée.

«Enfin, pour les Etats qui n'entreraient pas dans cet accord, la Conférence a exprimé le vœu que l'application des règles ci-dessus s'obtienne de fait, par voie d'uniformité dans leurs législations respectives». (Constant, *ob., cit.* pag. 4).

Finalmente, o sr. Tavares de Medeiros, n'um estudo sobre a *Reciprocidade internacional no cumprimento das obrigações civis* apresentado ao congresso juridico ibero-americano, realisado em Madrid em 1892, resume as suas considerações sobre este assumpto nas seguintes palavras:

«A revisão da sentença, feita pelo governo, ou pelo magistrado ou tribunal a quem fôr requerida a execução, póde limitar-se a um simples exame da sua authenticidade e do certificado que deve acompanhar a mesma sentença; o juiz ou tribunal da execução verifica se existe ou não repugnancia ou contradicção entre o direito n'ella applicado e os principios do direito, de ordem publica ou da moral do seu paiz, concedendo ou não o *exequatur*, por meio do — *cumpra-se*, — conforme parecer, com recurso para os tribunaes superiores de harmonia com as leis do processo. O

Os principios estão estabelecidos: assignei á fallencia um caracter contencioso, determinei as regras a seguir na observancia das sentenças extrangeiras, — a simples applicação das conclusões assentes bastará, pois, para resolver as questões occorrentes.

É certo que a sentença declaratoria de fallencia apresenta um caracter especial, constituindo uma excepção á regra «*res inter alios judicata aliis nec nocere, nec prodesse potest*», mas as razões que levaram o legislador a estabelecer esta derogação aos principios geraes são motivadas pela propria natureza da fallencia. Não devem, por conseguinte, ser alteradas uni-

exequatur dá assim á sentença a mesma força que têm as sentenças nacionaes, ás quaes o executado póde oppôr os embargos que tiver, e que modifiquem ou extingam a obrigação».

O *Congresso* emittiu a este respeito o seguinte voto:

«Las sentencias dictadas por los tribunales de justicia extranjeros, en materia civil, deberán cumplirse sin tener en cuenta el principio de reciprocidad, exigéndose sólo los requisitos siguientes:

1.º Competencia del tribunal requirente y del tribunal requerido.

2.º Autenticidad de la sentencia.

3.º Que sea lícita la obligatión en el país en que hubiere de ejecutarse la sentencia.

4.º Que ésta no se haya dictado en rebeldía.

5.º Que no sea contraria al derecho público interno del país de la ejecución, ni á los principios de derecho publico internacional aceptados por España y Portugal y Repúblicas iberoamericanas; y

6.º Que si la sentencia es arbitral, sea pedida la ejucución por el juez ordinario competente». (*Actas*, pag. 447).

camente pelo facto das relações de direito alcançarem varios centros juridicos.

N'estes termos, é preciso examinar em separado as duas differentes feições que a sentença extrangeira póde apresentar: se é adduzida como um documento que prova um estado de facto, certificando direitos e produzindo a força de caso julgado, torna-se desnecessaria qualquer auctorisação prévia; se, ao contrario, é invocada como um titulo executorio deve a soberania nacional conceder-lhe o respectivo *exequatur*.

Resta, porém, determinar praticamente os dois effeitos indicados, a fim de distinguir os actos que devem ser considerados como de execução dos que devem ser classificados differentemente.

Esta questão levanta algumas divergencias entre os auctores.

Ha actos a respeito de cuja natureza não póde suscitar-se duvida alguma. N'este caso está, por exemplo, a prisão do fallido, necessariamente considerada como uma execução propriamente dita.

Ao contrario, o vencimento dos creditos, a suspensão de juros contra a massa fallida, a interrupção das acções individuaes, a incapacidade do fallido, a nullidade de certos actos, etc., são evidentemente consequencias da sentença independentes da sua execução.

Como deve, porém, considerar-se a venda de bens e, especialmente, a venda dos immoveis?

Carle julga o *exequatur* necessario, caso os administradores da fallencia queiram, em virtude da sen-

tença, proceder á venda dos *bens moveis ou immoveis* do fallido situados no extrangeiro[1].

Fiore, para a venda dos moveis, dispensa o *exequatur;* exige-o, porém, para a dos *immoveis*[2].

Nenhuma d'estas opiniões me parece aceitavel.

Ao proceder á venda dos bens o administrador da fallencia não faz por sua parte mais que cumprir a missão de liquidar o activo do fallido; nem póde dizer-se empenhado em qualquer acto a respeito do qual a soberania tenha exigencias especiaes. Acto de execução, no sentido proprio e technico da palavra, que exija auctorisação expressa do poder constituido, para o não collocar na dependencia da auctoridade extrangeira, não póde vêr-se na venda de bens, moveis ou immoveis.

Quando, porém, a legislação do paiz onde a sentença deva produzir os seus effeitos não permittir uma venda voluntaria feita pelo administrador, mas exigir uma venda judicial, então o *exequatur* torna-se necessario, pois ha uma verdadeira expropriação, que não póde deixar de ser considerada como um acto de execução propriamente dito.

O mesmo succederá no caso do fallido querer conservar a posse dos bens, não obstante a sentença de fallencia; esta certamente o obriga a proceder de modo contrario, mas a resistencia opposta, quer por pretender continuar a occupar o immovel ou a fazel-o

[1] *Ob. cit.*, pag. 55.

[2] *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, pag. 65.

occupar por terceira pessoa, quer por recusar a entrega das chaves ao administrador, torna necessaria a execução *manu militari* da sentença extrangeira declaratoria da fallencia [1].

Identicos principios nos devem guiar quando o administrador quizer proceder a uma inscripção hypothecaria sobre os bens do fallido. Este acto deve ser considerado como meramente conservatorio, sendo por isso desnecessaria a previa concessão de *exequatur;* o contrario succederá, porém, caso da simples inscripção se passe a uma execução, usando-se assim do direito concedido pela hypotheca [2].

A these da unidade e universalidade da fallencia tem incontestaveis vantagens praticas.

[1] Veja-se Humblet, *Journal du droit international privé,* 1883, pag. 462.

[2] Entre as obras especiaes sobre a materia de todo este paragrapho consulte-se: sr. Tavares de Medeiros, *Da reciprocidade internacional no cumprimento das obrigações civis* — Thevenet, *De l'auctorité et de la force exécutoire des jugements étrangers* — Lemoine, *Des effets produits par les jugements étrangers* — Constant, *De l'exécution des jugements étrangers* — Moreau, *Effets internationaux des jugements* — Quétand, *Une question de droit international* — Thiéblin, *De l'auctorité de la chose jugée* — Lachau et Daguin, *De l'exécution des jugements étrangers* — Fiore, *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti; Del fallimento secondo il diritto privato internazionale* — Marino, *Principii di diritto internazionale relativi agli atti fatti all'estero* — Fusinato, *L'eze-*

É grato poder indical-as com as palavras d'um auctor, como Thaller, que com tanto talento milita n'um campo opposto:

«Um só agente para dirigir a liquidação de todos os bens, um só tribunal para a fiscalizar superiormente em qualquer logar que se realize, como a fallencia vai avançar com firmeza! e quanta harmonia vão adquirir todos os actos, convergindo para um fim uniforme! A scisão no patrimonio produz, quasi inevitavelmente, outras na regulamentação dos interesses. Se um mesmo espirito vem animar a liquidação em todas as suas operações, com que vigor e com que intelligencia não proseguirá esta o seu fim! Se não se reunem estes elementos dispersos, se cada categoria de bens é liquidada isoladamente, ha de ser difficil obter soluções concordantes. Com a regra da unidade e da absorpção pelo principal estabelecimento de todos os outros evita-se não só multiplicação inutil de despezas, mas ainda contradicções frizantes. Não se verá o mesmo homem n'um paiz declarado em fallencia, n'outro ao abrigo da sua acção; não se verá duas massas de credores, concorrendo a duas massas de bens e obtendo dois dividendos deseguaes, ou especuladores introduzindo-se nos dois grupos e conseguindo, á custa da confusão, alcançar um duplo pagamento, cobrar porventura uma somma superior ao

cuzione delle sentenze straniere — Rossi, *La execuzione delle sentenze e degli atti delle autorità straniere.*

montante nominal do seu direito [1]. Não se verá a concordata prevalecer á esquerda, a união á direita, de modo que a condição do devedor se torne simplesmente indefinivel. Accrescentae que a attracção exercida sobre os centros accessorios permittirá tambem que uma só lei regule o conjuncto da fallencia, não se sendo a todo o instante embaraçado por esta fastidiosa questão: deve applicar-se a lei da situação do valor ou a do domicilio principal? [2]»

Entretanto, o auctor não esquece as difficuldades que a pratica da theoria, por seu turno, levanta. Assim, em seu pensar, a solução dos conflictos de leis, a execução das sentenças extrangeiras com todas as questões que suscita, e a pratica actual das nações, são de ordem a suggerir sérias duvidas sobre o systema [3].

Bard exprime identico voto: «Quanto ao ponto de vista pratico é superfluo insistir. Sem fallar dos possiveis conflictos de competencia, destinados a ficarem sem solução, a concentração do activo n'um outro paiz, talvez longinquo, a necessidade d'ahi fazer valer direitos em condições muitas vezes desfavoraveis, quasi sempre differentes d'aquellas que tinham sido previstas na occasião do contracto, a difficuldade de fiscalizar as

[1] D'aqui resultou qualificarem alguns jurisconsultos allemães a these da pluralidade da fallencia de *Raubsystem*, systema da pilhagem. (nota de Thaller)

[2] *Ob. cit.*, vol. II, pag. 340.

[3] *Ob. cit.*, vol. II, pag. 345.

diversas operações da fallencia — todas estas consequencias do principio da indivisibilidade são seguramente de natureza a fazer hesitar [1]».

Cumpre, porém, apreciar justamente estas observações e, antes de tudo, collocal-as no seu devido campo: não é o rigor scientifico dos principios expostos que se contesta; torneia-se o caminho; olha-se agora á complexidade das questões offerecidas e á difficuldade de pôr em pratica as soluções adoptadas.

É incontestavel serem por sua natureza difficeis os problemas suscitados pela fallencia; parece-me, comtudo, que o meio de resolver essas difficuldades será antes estudar a questão que evitar os proprios problemas.—A isso procura corresponder este livro.

Para facilitar a pratica muito póde concorrer uma reforma consular que encarregue aos respectivos agentes a defeza dos direitos dos seus concidadãos.

De resto, com razão escreve Despagnet serem os inconvenientes indicados muito menos consideraveis que os resultantes da attribuição de competencia para declarar a fallencia aos tribunaes dos differentes paizes onde o devedor tenha bens ou estabelecimentos commerciaes. Deve ainda accrescentar-se que as desvantagens indicadas não são tanto uma consequencia da solução que attribue competencia exclusiva á jurisdicção do logar do domicilio, como do proprio facto

[1] *Ob. cit.*, pag. 339.

de se entrar em relações de commercio com uma pessoa estabelecida em paiz extrangeiro, ou possuidora de bens em territorios de varios Estados, onde é sempre difficil fazer valer os direitos proprios.

CAPITULO SEGUNDO

JURISDICÇÃO INTERNACIONAL

Summario.— Jurisdicção internacional e competencia legislativa —Importancia da situação do principal estabelecimento na determinação da jurisdicção internacional—A questão na pratica actual.

Assente que a um só tribunal póde reconhecer-se competencia para declarar a fallencia, resta determinar melhor os principios estabelecidos, investigando qual deva ser.

Assim se realisará o principio da unidade pelo meio mais conveniente á observancia do direito.

A questão á primeira vista parece poder resolver-se pela determinação da competencia legislativa.

De facto, os funccionarios de cada paiz são naturalmente os que melhor conhecem as respectivas leis, e estão em circumstancias mais favoraveis para apreciar devidamente a atmosphera em que a legislação nacional se desenvolve.

Entretanto, a pratica impede por completo a reali-

zação d'esta idéa; nem á justa observancia da lei é indispensavel a jurisdicção dos tribunaes nacionaes.

Se cada litigio só exigisse a applicação d'uma mesma lei, ainda o parecer poderia ser observado, embora não sem graves inconvenientes. Isto, porém, raramente succede. As questões apresentam muitas vezes grandes complicações que, pela diversidade de leis applicaveis, exigiriam a divisão dos processos, a fim de serem os seus differentes elementos submettidos aos respectivos magistrados.

Por muito extenso que seja o campo abraçado pela actividade d'um commerciante, ha sempre um centro onde convergem todos os negocios: é o logar da situação do seu principal estabelecimento ou do seu domicilio.

Á justiça do respectivo paiz deve, pois, competir a declaração da fallencia.

«Um devedor póde ser citado, para a execução das suas obrigações, em differentes logares, nomeadamente no determinado na convenção, n'aquelle em que a promessa foi feita e a coisa entregue, ou emfim no do seu domicilio; quando, porém, se trata de liquidar o patrimonio, para distribuir o montante pelos credores, a um só tribunal pertence a competencia, — ao do domicilio. Com effeito, depois da fallencia a personalidade do fallido desapparece de certo modo, e os que

negociaram com elle só têm agora de tratar com o seu patrimonio representado pelo administrador; ora é no logar do principal estabelecimento do devedor que póde e deve julgar-se situado o patrimonio, considerado em massa e como *universitas juris* [1]».

De resto, o caracter de centro de negocios, que affecta o principal estabelecimento, facilita consideravelmente as operações da fallencia: o exame dos livros de escripturação, a verificação do passivo, e a valorisação do activo, realisar-se-hão ahi com manifesto proveito.

Posta n'estes termos, a solução do problema, se algumas vezes confia aos tribunaes do Estado o conhecimento da fallencia de extrangeiros, tambem os obriga a, por seu turno, abandonarem os nacionaes aos juizes das outras nações.

Outr'ora julgou-se ser a justiça exclusivamente devida aos nacionaes,—como apanagio da soberania foi reservada aos vassallos. Mais tarde comprehendeu-se que de nada serviria conceder direitos aos extrangeiros sem lhes dar meios de os fazerem valer. Por um lado, o interesse bem entendido, a prosperidade nacional e a segurança publica exigem justiça em toda a extensão do paiz; por outro, a boa ordem reclama que os direitos dos extrangeiros não possam ser impunemente violados [2].

[1] Despagnet, *ob. cit.*, pag. 634.
[2] Veja-se Weiss, *ob. cit.*, pag. 776 e seg.

A determinação do principal estabelecimento é uma questão de facto abandonada á apreciação dos tribunaes.

Póde, porém, algumas vezes offerecer certas difficuldades; procurando resolvel-as deve sempre ter-se em vista determinar qual é, de facto, o estabelecimento principal.

A execução do tratado de 15 de junho de 1869 celebrado entre a França e a Suissa,—segundo o qual estas duas nações se obrigaram a observar reciprocamente a unidade da fallencia, acatando as sentenças declaratorias e reconhecendo os seus effeitos em certos termos,—deu logar ha annos a um conflicto entre os respectivos tribunaes.

O *Credit foncier suisse* tinha, conforme os seus estatutos, séde social em Genova, mas uma succursal estabelecida em Paris absòrvia de facto o movimento principal dos negocios.

Succedeu, porém, que em 1874 foi declarado em estado de fallencia por duas sentenças, uma pronunciada pelo tribunal de Genova, outra pelo de Paris, sendo ambas confirmadas pelas instancias superiores.

D'este modo a intervenção de differentes juizes vinha alterar os principios estabelecidos na convenção internacional.

Pôz termo ao conflicto uma sentença do tribunal federal suisso de 21 de janeiro de 1875, reconhecendo competencia aos tribunaes francezes, visto ser em Paris a séde principal de facto, e dever, por conseguinte,

considerar-se a disposição dos estatutos como meramente ficticia [1].

Uma observancia rigorosa dos principios expostos levaria logicamente a não permittir que um tribunal declarasse a fallencia de qualquer commerciante, cujo principal estabelecimento fosse situado fóra da area da sua jurisdicção, nem reconhecer effeitos exterritoriaes á sentença proferida por um juiz a que as regras atraz indicadas negassem tal direito.

O actual estado de coisas obriga, porém, a certas transigencias.

Assim, quando o tribunal competente se negar sem motivo plausivel a tomar conhecimento da questão, manda a equidade que os tribunaes de outro Estado interessado possam declarar a fallencia, a fim de não serem prejudicados os legitimos direitos dos subditos pelo facto d'um legislador teimar em desconhecer os principios fornecidos pela sciencia.

Este processo deverá, comtudo, ter um caracter meramente subsidiario [2].

As considerações expostas podem egualmente levar a conceder *exequatur* a uma sentença proveniente de tribunaes, cuja intervenção o rigor dos principios recusaria.

[1] Simon, *ob. cit.*, pag. 34.

[2] Glasson, *Journal du droit international privé*, 1881, pag. 105 e seg. — Weiss, *ob. cit.*, pag. 867.

De facto, não podendo os juizes d'uma nação impôr regras de conducta aos tribunaes extrangeiros, a recusa absoluta de *exequatur* equivaleria muitas vezes a uma denegação de justiça.

Contrariamente, porém, deverá proceder-se quando o direito usurpado pelo tribunal que proferiu a sentença, em vez de pertencer a um tribunal extrangeiro, pertença ao proprio requerido: n'este caso não haverá perigo de denegação de justiça, nem para a evitar será necessario fazer imposições a juizes extrangeiros.

CAPITULO TERCEIRO

COMPETENCIA LEGISLATIVA

I

Summario. — Lei nacional do fallido — Lei nacional da fallencia; questões de ordem publica internacional; fallencias meramente territoriaes.

Concedendo os principios expostos vida internacional á fallencia, torna-se necessario assentar as regras que devem presidir á sua regulamentação juridica.

A materia encontra collocação natural n'este capitulo.

Os escriptores, na escolha da lei que, em principio, deve reger a instituição, hesitam entre a nacionalidade do fallido e a nacionalidade da fallencia. É, entretanto, incontestavel decidir-se a grande maioria abertamente por esta.

André Weiss é dos poucos defensores da competencia da lei nacional do fallido.

Ha, porém, n'este parecer uma idéa falsa ácerca da natureza da instituição.

Eis as proprias palavras do illustrado professor:

«Quem poderá desconhecer a analogia frisante que existe entre o fallido, privado da gerencia dos seus negocios, e o ausente, o menor, o interdicto, para os quaes a ausencia, a edade, ou alguma enfermidade intellectual constituem identico impedimento?... As razões tão decisivas que, já na doutrina, já na legislação, produziram o triumpho, hoje quasi completo, da lei nacional sobre a *lex domicilii* relativamente á determinação do estado e capacidade das pessoas, permanecem aqui [1]».

A proposito da theoria dos estatutos tive já occasião de apreciar o parecer que faz da fallencia uma incapacidade pessoal do fallido [2].

Embora Weiss não siga aquella theoria, o argumento adduzido em defeza da applicação da lei nacional do devedor está sujeito á mesma critica.

Basta-me, pois, relembrar que a fallencia de modo nenhum colloca o fallido n'uma posição semelhante á do incapaz; a situação juridica do devedor conserva-se a mesma: este sómente não póde dispôr dos seus bens em prejuizo dos credores,—deve antes considerar-se a fortuna do fallido indisponivel relativamente á sua pessoa, que o fallido incapaz relativamente aos seus bens.

[1] *Revue de droit international,* 1892, pag. 9.
[2] Veja-se o *Capitulo primeiro,* § 1.

Se, á falta de melhor expressão, póde dar-se o nome de *incapacidade* á situação especial do fallido, não deve perder-se de vista que se trata verdadeiramente d'uma inaptidão legal para praticar certos actos: no fundo só se pretende salvaguardar o interesse dos credores, e quanto a este fim as proprias medidas caracteristicas da supposta incapacidade não passam de simples meios [1].

Em principio, a fallencia deve ser regulada pela lei do logar do principal estabelecimento, ou do domicilio do fallido.

De facto, a pessoa do devedor é substituida por um ente collectivo organizado para salvaguardar quanto possivel os interesses compromettidos, — a questão é em tudo analoga ao que se passa com as sociedades commerciaes.

É certo não haver aqui uma relação social, tendo por fundamento a vontade dos associados e por intuito o lucro, mas sim uma relação de communhão, tendo por objecto a obrigação que liga os bens do fallido aos direitos da massa desde a abertura da fallencia.

Isto, porém, não impede que estejamos em presença

[1] Veja-se: Brocher, *Cours de droit international privé*, vol. III, pag. 196; *Commentaire du traité franco-suisse du 15 juin 1869*, pag. 58 — Despagnet, *ob. cit.*, pag. 647 — Dubois, nota 51 a Carle, *ob. cit.*

d'um facto juridico, suppondo uma acção continua e centralizada em determinado logar.

Á lei d'esse logar, — verdadeira lei nacional da fallencia, — devemos ir pedir as regras reguladoras da materia.

Essa lei está naturalmente indicada porque, tendo-se a vida commercial do fallido desenvolvido sobretudo n'esse logar, sendo ahi o centro dos variadissimos interesses abraçados pela fallencia, póde, melhor que qualquer outra, apreciar com conhecimento de causa os elementos necessarios para attingir o fim proposto [1].

Contra esta solução ainda Weiss escreve: «Por outro lado, o mesmo commerciante póde ter, em paizes diversos, estabelecimentos de importancia quasi egual. A qual attender? [2]».

Esta observação não constitue um argumento contra a doutrina; mostra antes uma difficuldade pratica. Nem podia admittir-se, em face da sciencia, que uma simples difficuldade alterasse a natureza da relação juridica, unica norma pela qual nos devemos guiar na determinação da competencia legislativa.

De resto, Weiss certamente encontrou egual difficuldade ao determinar a competencia judicial e, nem por isso, se julgou obrigado a abandonar os verdadeiros principios.

[1] Veja-se: Sacerdoti, *Del fallimento*, pag. 73 e seg. — *Revue de droit international*, 1892, pag. 10 — Despagnet, *ob. cit.*, pag. 646 — Brocher, *Cours de droit international privé*, vol. II, pag. 228, e vol. III pag. 205 — Weiss, *ob. cit.*, pag. 721.

[2] *Revue de droit international*, loc. cit.

A observancia da lei do domicilio do fallido encontra, porém, um limite nas exigencias da *ordem publica internacional*. Surgirá, assim, um obstaculo á fallencia do devedor civil, admittida pela lei do seu domicilio, caso os principios estabelecidos pelo legislador local recusem tal latitude á instituição.

No estudo da serie de operações em que a fallencia se desenvolve, terei occasião de investigar especialmente quaes as disposições legaes a que por este motivo deve ser recusado qualquer effeito exterritorial.

D'este modo dar-se-ha justa satisfação aos direitos da soberania territorial sem privar o commercio internacional do beneficio da fallencia unica e universal.

Por outro lado, as diversidades das legislações vigentes e a necessidade de salvaguardar os interesses dos credores nacionaes, evitando uma posição privilegiada a certos negociantes extrangeiros, aconselharão algumas vezes a abertura d'uma fallencia cuja acção, conservando o caracter das exigencias que a reclamam, deverá limitar os seus effeitos ao paiz onde foi declarada. Tal succederá, por exemplo, caso a lei da situação do principal estabelecimento do devedor desconheça a propria instituição da fallencia.

II

Summario. — Formalidades e processo — Nullidade ou ánnullabilidade dos actos praticados no periodo de suspeição — Causas geraes de nullidade ou rescisão.

A legitimidade da applicação da regra *locus regit actum* ás formalidades externas dos actos juridicos, suscitados pelo processo de fallencia, é-nos duplamente attestada pelas necessidades da pratica e pelas exigencias da theoria.

A vida juridica internacional seria absolutamente impossivel se os contractantes fossem obrigados a respeitar nas suas transacções as fórmas externas dictadas pelas leis das suas patrias: «Ora as auctoridades locaes recusariam um concurso reclamado por estas ultimas, ora não existiria, no logar da celebração do acto, official algum tendo attribuições analogas á do instituido pela lei extrangeira. E, n'um caso como n'outro, a obrigação imposta á pessoa de observar, qualquer que fosse o logar da sua residencia, as condições de fórma, estabelecidas no seu paiz para os actos juridicos, equivaleria a uma interdicção absoluta. O interesse geral dos Estados, baseado no desen-

volvimento do commercio internacional, protesta, como o dos particulares, contra um regimen tão despotico [1]».

Por seu turno, a fraude que o legislador pretendeu evitar por meio d'estas formalidades previne-se differentemente conforme os tempos e os logares [2].

A competencia da *lex fori*, para regular as operações do processo propriamente dito, não levanta difficuldades especiaes em materia de fallencia: a impossibilidade material de observar outra lei, a autonomia dos tribunaes perante as soberanias extrangeiras, e o proprio interesse das partes litigantes em serem tuteladas pelas disposições legaes que melhor possam conduzir ao descobrimento da verdade, justificam sufficientemente a observancia d'aquella regra. Querer applicar a uma nação disposições estabelecidas para outra, é ir directamente contra o fim proposto. Tal medida muito benefica n'um paiz será n'outro inteiramente inefficaz ou mesmo prejudicial. Tudo depende dos costumes, usos e instituições juridicas de cada povo.

Alguns effeitos da sentença declaratoria da fallencia

[1] Weiss, *ob. cit.*, pag. 254.

[2] Sobre a regra «*locus regit actum*» consulte-se especialmente: Weiss, *ob. cit.*, pag. 250 — Despagnet, *ob. cit.*, pag. 275 — Chrétien, *Thèse pour le doctorat*, pag. 62 — Stefano Napolitani, *La massima «locus regit actum»* — Fiore, *Le droit international privé*,

exigem, porém, exame mais detalhado. N'este caso está a nullidade ou annullabilidade de certos actos praticados no periodo de suspeição, quando realizados no extrangeiro, com extrangeiros, ou referentes a bens situados no extrangeiro.

A semelhança dos effeitos parece aconselhar a applicação da regra geral de direito internacional privado relativa á nullidade dos contractos, mas a natureza especial da fallencia pede uma solução tambem especial para este caso, qualquer que seja, de resto, o partido adoptado relativamente áquella questão.

Não invocarei, como Carle, a incapacidade pessoal do fallido para sujeitar a nullidade ou annullabilidade á lei da fallencia; não se trata d'uma questão de estado, como repetidas vezes tenho dicto, e, se assim fosse, estaria mais em conformidade com os bons principios o parecer de Weiss, exigindo a applicação da lei nacional do devedor.

A simples consideração de ser a nullidade ou annullabilidade uma consequencia immediata da sentença declaratoria de fallencia é razão sufficiente para a sujeitar á mesma lei.

«Com effeito, escreve Asser, o direito de provocar a annullação funda-se n'um effeito retroactivo da sentença declaratoria da fallencia, a respeito do acto em questão; admitte-se que na epocha da realização do acto o futuro fallido conhecia já o mau estado dos

trad. Ch. Antoine, vol. 1, pag. 587 — Humbet, *Journal du droit international privé*, pag. 462.

seus negocios e queria, precisamente em vista d'esse estado, favorecer um dos seus credores em prejuizo dos outros; a sentença declaratoria da fallencia, tornando impossiveis semelhantes favores no futuro, possue tambem a certos respeitos o mesmo poder no passado [1]».

Identicos principios me levam a regular pela lei da fallencia a faculdade de reivindicação das mercadorias expedidas ao fallido.

Ha aqui tambem uma verdadeira annullação de contracto, originada unicamente no facto da fallencia.

É preciso, porém, não exaggerar o alcance da regra exposta, esquecendo ser a applicação da *lex fori* justificada pelo facto da nullidade ou annullabilidade de certos actos constituir uma consequencia directa da sentença declaratoria da fallencia.

N'estes termos, uma rescisão ou annullação justificavel por qualquer outro fundamento deverá ser regulada em conformidade com as regras communs de direito internacional seguidas na materia.

As differentes circumstancias em que as duas causas collocam as questões explicam sufficientemente a diversidade da solução.

[1] Asser et Rivier, *Éléments de droit international privé*, pag. 241 — Veja-se tambem: Carle, *ob. cit.*, pag. 72 e seg. — Dubois, notas 51 e 95 a Carle, *ob. cit.*, — Despagnet, *ob. cit.*, pag. 648 — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, vol. II, pag. 932.

«Uma coisa é a nullidade ou rescisão d'um acto em que tomou parte um devedor, mais tarde fallido, quando esta nullidade ou rescisão resulta de condições intrinsecas do proprio acto, outra coisa é a nullidade ou annullabilidade d'um acto, proveniente unicamente do facto do seu auctor ter sido declarado fallido alguns dias depois de o ter praticado [1]».

III.

SUMMARIO — Verificação de creditos; competencia judicial — Processo — Competencia legislativa — Prova do credito.

A verificação dos creditos, indispensavel para fiscalizar as pretensões dos que se apresentam como credores, é uma das mais importantes operações da fallencia.

A fim de se conseguir uma justa repartição dos bens do fallido devem todos os credores, nacionaes e extrangeiros, fazer verificar os seus creditos pelo tribunal que declarou a fallencia.

As excepções impostas ás regras communs sobre competencia são sufficientemente justificadas pela

[1] Carle, *ob. cit.*, pag. 73.

necessidade de concentração e rapidez, caracteristica d'este processo.

Caso, porém, o credito submettido á verificação seja contestado, a solução não póde ser tão absoluta.

«Se o credito é contestado, escreve Fiore, o juiz competente para conhecer da contestação não será sempre o do paiz onde a fallencia foi declarada. Sustentámos, é certo, no intuito de conseguir a concentração e unidade indispensaveis á fallencia, ser necessario abandonar as regras geraes e estabelecer a competencia exclusiva do magistrado que proferiu a sentença declaratoria; mas tal attribuição excepcional não deve extender-se além dos justos limites, e fica restricta ás contestações originadas pelo proprio facto da fallencia Se, por exemplo, a fallencia tivesse sido declarada depois da morte do devedor, as contestações relativas á successão poderiam ser decididas pelo tribunal do paiz onde esta fosse aberta... Sobretudo, quando os administradores questionam como auctores, impugnando um credito, não se deve, com fundamento na concentração, admittir a competencia do tribunal que declarou a fallencia, mas sim respeitar as regras geraes de competencia [1]».

O processo, como atraz fica dicto, é regulado pela *lex fori*.

[1] *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, pag. 73 — Carle, *ob. cit.*, pag. 79.

É, porém, de justiça conceder aos credores extrangeiros um prazo mais longo que o concedido aos nacionaes, para produzirem os seus titulos, embora, a fim de não retardar excessivamente as operações da fallencia, se possa começar por proceder á verificação dos creditos dos nacionaes, permittindo mesmo uma repartição provisoria do dividendo, sob reserva da somma representada pelos creditos extrangeiros.

Ainda depois da repartição definitiva deveria permittir-se a verificação d'um credito, quando a producção dos titulos tivesse sido impedida por um caso de força maior, como uma guerra motivando interrupção de communicações. D'este modo, a lei puniria as negligencias, teria em justa conta a presumpção de renuncias da parte de alguns credores, mas respeitaria ao mesmo tempo os legitimos direitos dos que estavam impedidos de os exercer.

A doutrina exposta em nada compromette os direitos dos credores. De facto, é necessario fazer uma rigorosa distincção entre o que diz respeito á competencia judicial, ou antes, á jurisdicção internacional, e o que se refere, na phrase de Fiore, ao proprio *merito de controversia*.

Póde a fallencia prejudicar as jurisdicções especiaes das diversas obrigações, para as chamar todas ao juizo do domicilio do devedor, mas isso não impede que os direitos dos credores permaneçam intactos, apre-

ciados conforme a lei a que a natureza da relação juridica attribuir competencia: só ha, pois, a applicar as regras geraes de direito internacional privado em materia de obrigações convencionaes.

É na verificação dos creditos que começa especialmente a sentir-se a necessidade da observancia de leis extrangeiras: as obrigações contractadas pelo fallido frequentes vezes deverão ser apreciadas por uma lei differente da que vigora no logar da abertura da fallencia.

A prova, como questão intimamente ligada ao direito, deve ser regulada pela lei d'este, dentro dos limites impostas pela *ordem publica internacional*. Será o unico meio de assegurar os contractos, evitando que as partes sejam surprehendidas pela falta de prova do que julgavam sufficientemente garantido. Assim, concedida, no caso em questão, competencia á lei nacional das partes, será admissivel a prova testemunhal, por ella estabelecida, embora a *lex fori* desconheça tal prova [1].

[1] Veja-se Fiore, *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, pag. 76.

— Tratando a questão da prova d'um modo geral, escreve Weiss: «Em vão se dirá que, tendo as provas por objecto convencer o juiz da justiça das pretensões submettidas á sua apre-

Identica regra deve seguir-se na determinação da pessoa a quem incumbe a prova [1].

ciação, não é possivel obrigal-o a attender a provas rejeitadas pela *lex fori*.

Responderemos que, se isto é um incoveniente dos systemas oppostos á applicação da *lex fori*, a doutrina partidaria d'esta ultima não os tem menores. Seria, com effeito, soberanamente injusto que uma pessoa, tendo contractado sob o imperio d'uma lei que admitte a prova testemunhal, por exemplo, e não se tendo preoccupado em assegurar o seu direito com uma prova differente, fosse impedida de o fazer valer, pelo facto de, por circumstancias imprevistas, como a mudança de domicilio do seu devedor, ter sido o processo intentado perante os juizes d'um paiz onde a prova por testemunhas nunca é recebida. A prova não póde isolar-se do direito cuja existencia estabelece; os meios de prova admissiveis devem, a não se querer condemnar este direito a uma irremediavel incerteza, ser determinados no proprio momento da sua constituição. *Diversitas fori*, dizia Dumoulin, *non debet meritum causae variare*». (*Ob. cit.*, pag. 809).

[1] Asser et Rivier, *ob. cit.*, pag. 166 e seg.

IV

Summario — Direitos dos credores communs — Questões de *ordem publica internacional* em materia de direitos de preferencia — Credores hypothecarios: hypothecas convencionaes; hypothecas testamentarias; hypothecas legaes; hypothecas judiciaes — Privilegios — Penhor — Penhora — Difficuldades especiaes suscitadas pela natureza movel de certos bens — Concurso de credores — Restituição de fazendas ou outros objectos de que o fallido fosse mero detentor — Rescisão das vendas.

Quando os titulos representativos dos creditos não collocam os credores n'uma posição especial, a regra reguladora dos seus direitos resume-se n'uma rigorosa egualdade na distribuição dos dividendos, e não offerece difficuldades particulares.

Como affirmação dos verdadeiros principios que n'este assumpto devem reger as relações internacionaes, são dignas de louvor as palavras do relator da commissão de legislação commercial da camara dos senhores deputados, encarregada de dar parecer sobre a proposta do governo para a approvação do novo codigo commercial:

«Escusado seria dizer que regulamentando a fallencia, nenhuma, absolutamente nenhuma, condição

de inferioridade de posição juridica estabelecemos para o credor extrangeiro. O espirito de franca igualdade de direito entre nacionaes e extrangeiros em que assenta o nosso codigo civil, e que mais se justifica, se possivel, em direito commercial, de sua natureza cosmopolita, como as transacções a que se applica, não precisa ser justificado perante as camaras legislativas portuguezas.

Nem nos demoveu do proposito o exemplo da lei allemã de 1876 e da proposta Saint-Martin em França, a que tanto apoio dava o tribunal supremo da republica, ainda em 1882, sem lhe poder negar a iniquidade, mas, como dizia a respectiva commissão, defendendo a doutrina com sentimento, e com o fim só de trazer as nações extrangeiras, por considerações de interesse proprio, a fazer justiça a todos com igualdade e imparcialidade [1]».

Graves difficuldades apparecem, porém, quando se levantam questões de preferencias. Os direitos dos credores não são por isso menos legitimos, nem menos attendiveis; sómente a sua determinação offerece maiores embaraços.

É grande a diversidade das disposições legislativas referentes ás garantias especiaes, fontes de direitos de preferencia; mas os laços que as unem intima-

[1] *Diario da camara dos senhores deputados*, 1888, pag. 351.

mente ao regimen da propriedade e á organização do credito publico dão particular importancia na materia á *lex rei sitae*.

A natureza d'estas garantias, as obrigações que podem assegurar, os bens que devem affectar, as fórmas e publicidade requeridas, a ordem e medida em que devem ser exercidas, os caracteres essenciaes, as condições de expropriação e, em regra, as causas de extincção, só podem depender da lei territorial.

Assim, nenhum credor poderá allegar um direito de preferencia fundado no *mortgage* [1], sobre bens do seu

[1] *Mortgage* é uma garantia especial admittida pelo direito inglez.

Segundo a antiga legislação, o seu effeito era tornar o credor proprietario do immovel pertencente ao seu devedor, salva a obrigação de lh'o restituir, caso a divida fosse satisfeita na epocha do pagamento.

Entretanto, uma jurisprudencia de equidade veiu em breve modificar o primitivo rigor da instituição, evitando que a menor falta de pontualidade privasse para sempre o devedor da sua propriedade, e permittindo-lhe o direito de reivindicação *(equity to redeem)* quando satisfizesse os seus compromissos dentro de certo prazo. A renuncia d'esta faculdade chegou mesmo a ser prohibida. O novo caminho, em que a jurisprudencia fez entrar o *mortgage*, foi confirmado por varias leis, especialmente pela de organização judicial de 1873, e approximou consideravelmente a instituição da hypotheca continental.

Hoje o credor, de facto, raramente entra em posse do immovel e, caso não seja reembolsado do seu credito, ou faz vender a garantia que especialmente lh'o assegura, ou promove contra o devedor uma acção em virtude da qual este é condemnado a perder o direito de reivindicação.

Em regra o *mortgage* não está sujeito a publicidade alguma,

devedor situados em Portugal[1]. Do mesmo modo, em o nosso paiz deverá, por via de regra, ser repellido um pretenso direito de hypotheca sobre um movel[2], como não poderá ser reconhecida uma preferencia fundada em hypotheca, ainda sobre um immovel, que não esteja competentemente registada[3], pretenda prejudicar privilegios constituidos legitimamente[4] ou outras hypothecas com prioridade de registo[5], ou a que falte a respectiva especificação de bens[6].

Dada, porém, devida satisfação ás exigencias da *ordem publica*, a restante regulamentação fica, como em qualquer outra materia, sujeita ás regras geraes estabelecidas pelo direito internacional quanto á competencia legislativa: assim succederá, por exemplo, com a capacidade dos contractantes.

O mesmo deve decidir-se, até certo ponto, relativamente ás causas de que a garantia póde nascer; mas

regulando-se os direitos de preferencia pelas respectivas datas, independentemente de qualquer formalidade de inscripção. (Veja-se Ernest Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, pag. 349 e seg.).

[1] Codigo civil, art. 1005, 1006 e seg. — Codigo de processo civil, art. 936 — Codigo commercial, art. 720.

[2] Codigo civil, art. 888 e seg. — Veja-se, comtudo, o art. 584 do codigo commercial.

[3] Codigo civil, art. 888, 1006 e 1018.

[4] Codigo civil, art. 1012.

[5] Codigo civil, art. 1017.

[6] Codigo civil, art. 1018 — Regulamento de 28 de abril de 1870, art. 77.

aqui a *ordem publica internacional* ainda exigirá frequentemente a applicação da *lex rei sitae;* a difficuldade d'esta questão exige, porém, alguns desenvolvimentos, que só podem ser claramente expostos em face das disposições especiaes estabelecidas pelos differentes legisladores, a fim de regularem certas d'estas garantias.

As hypothecas, segundo algumas leis, podem ser convencionaes, testamentarias, legaes e judiciaes, conforme derivam d'uma convenção, d'um testamento, d'uma disposição de lei, ou d'uma sentença; mas muitos paizes só reconhecem parte d'estes titulos constitutivos.

Consideremos em separado cada uma d'estas categorias de hypothecas, e examinemos qual a influencia que póde ter, na admissibilidade do respectivo titulo originario, a lei extrangeira, em accordo ou desaccordo com a *lex rei sitae.*

— A hypotheca convencional não suscita grandes duvidas. As partes, salvo o dever de se conformarem com as disposições impostas por lei, convencionam entre si livremente a concessão d'uma hypotheca, e não se comprehende por que motivo o contracto não poderia ser celebrado no extrangeiro.

De facto, nada impede os effeitos exterritoriaes do contracto de venda ou de doação, celebrado em

determinado paiz, e não ha motivo para que seja outra a opinião a seguir quanto á convenção hypothecaria.

Entretanto, uma falsa apreciação da natureza da constituição da hypotheca dirigiu alguns jurisconsultos, aliás de grande auctoridade, por errado caminho.

Assim, Grenier estabelece o principio fundamental da materia nos termos seguintes: A hypotheca não tem a sua origem no direito das gentes mas sim no direito civil. É preciso não confundir a obrigação em si mesma com a hypotheca: a obrigação resultante d'um accordo pertence, sem contestação, ao direito das gentes, como as transacções, as acquisições e os outros actos d'esta natureza; mas a hypotheca é um direito de penhora que affecta o immovel. Não diz respeito só á pessoa, como a obrigação; dá o direito de demandar o objecto hypothecado, de o fazer vender pela auctoridade judicial; dá um direito de preferencia sobre todos os outros credores que só tenham uma hypotheca posterior, e, debaixo d'este ponto de vista, não é do direito das gentes: vai buscar a sua origem ao direito civil. Ora o direito civil só é estabelecido em consequencia do poder publico exercido sobre as propriedades de cada territorio; só póde ser produzido pela authenticidade d'um acto, a qual não póde ser conferida senão pelo soberano que está investido da auctoridade publica. De modo que todos os compromissos, todas as condemnações, provenientes de officiaes publicos residentes em territorio extran-

geiro, ficam considerados como simples actos privados de authenticidade [1]».

A doutrina exposta esteia-se em principios e chega a conclusões absolutamente inacceitaveis.

N'este argumentar ha manifesta confusão entre a hypotheca considerada como direito real, e como titulo executorio.

Debaixo do primeiro ponto de vista, não ha motivo algum para lhe negar validade quando constituida por um contracto celebrado no extrangeiro. Do mesmo modo que o proprietario póde dispôr livremente da propriedade, dando-a ou vendendo-a, deve poder offerecel-a ao seu credor em garantia da obrigação creada pelo titulo da divida. O credor não adquire, em virtude da hypotheca, o direito de se apropriar do immovel, nem o de o vender para se pagar pelo preço; póde sómente provocar a respectiva execução perante a auctoridade competente, tendo previamente praticado todos os actos exigidos pela lei territorial, e observando as formalidades estabelecidas para o andamento do processo.

Este ponto de vista traduz effectivamente o verdadeiro caracter da hypotheca considerada em si mesma, olhando-a como uma simples relação convencional, em virtude da qual o cumprimento d'uma obrigação é especialmente garantido por um objecto determinado.

[1] *Traité des hypothèques*, vol. I, n.os 12 a 16 — Veja-se tambem Persil, *Régime hypothécaire*, pag. 163, art. 2128 — Durand, *Essai de droit international privé*, pag. 429 e seg.

Nem esta natureza fica alterada pela inscripção do titulo respectivo nos livros do registo publico, caso a *lex rei sitae* considere esta formalidade indispensavel para a validade do direito. De facto, ainda aqui se não trata d'uma execução; o registo competente não concede á parte execução alguma; representa unicamente uma das condições exigidas para a conservação dos direitos adquiridos pelo contracto.

Fiore resume claramente os verdadeiros principios nas seguintes palavras: «Reunindo o contracto celebrado no extrangeiro todos os elementos requeridos pela lei territorial, deve admittir-se que o proprietario assim como póde, em virtude da sua autonomia, dispôr livremente dos seus immoveis e transmittil-os a outrem mesmo por convenção realizada no extrangeiro, póde egualmente estipular uma hypotheca por um contracto celebrado no extrangeiro. Ora, como a pessoa, que em virtude do contracto adquiriu direitos, tem a faculdade de os fazer valer e produzir todos os effeitos judiciaes, o mesmo deve succeder relativamente á hypotheca e ao direito de lhe dar publicidade por meio da inscripção. O credor deverá naturalmente submetter-se á *lex rei sitae* para fazer chegar ao conhecimento dos terceiros interessados o direito de hypotheca por elle adquirido, e deverá soffrer todas as consequencias, resultantes da falta de cumprimento das formalidades prescriptas por esta lei para a publicidade da hypotheca [1]».

[1] *Le droit internationat privé*, trad. ch. Antoine, vol. II, pag.

Tem, pois, razão Despagnet quando censura a opinião de Grenier por confundir duas coisas absolutamente distinctas: a *constituição* da hypotheca, e o *direito de execução* d'ella resultante. «A primeira deriva da vontade das partes e deve produzir effeitos em toda a parte, caso as formalidades exigidas pela lei do logar onde o acto foi redigido tenham sido observadas, salvo o respeito devido ás regras de ordem publica impostas pelo paiz da situação da propriedade hypothecada. A execução da hypotheca, porém, isto é, a expropriação a que conduz, é impossivel emquanto não se obtiver a formula executoria concedida pelas auctoridades locaes [1]».

Quando, porém, o credor, baseando-se na inscripção, quizer intentar a acção de expropriação, ou fazer valer os seus direitos de preferencia, como então se trata de actos de execução propriamente ditos, sendo o titulo adduzido um contracto celebrado em paiz extrangeiro, deverá exigir-se a observancia das formalidades requeridas pela lei territorial para que titulos n'aquellas circumstancias possam ser declarados executorios.

Só esta solução, em completa harmonia com as modernas tendencias, póde dar satisfação devida á

464 — Veja-se tambem Weiss, *ob. cit.*, pag. 60 e 168 — Demangeat, notas a Foelix, *ob. cit.*, vol. II, pag. 218 — Troplong, *Des priviléges et hypothèques*, pag. 302 — Bertauld, *Questions pratiques*, vol. I, pag. 97 — Hanquet, *ob. cit.*, pag. 163 — Simon, *ob. cit.*, pag. 95.

[1] *Ob. cit.*, pag. 618.

segurança que as relações internacionaes exigem como indispensavel para favorecer a boa fé dos contractantes.

— Passemos agora a uma outra ordem de hypothecas que, de resto, nem todos os legisladores admittem: ás testamentarias.— Poderão estas constituir direitos de preferencia em favor do credor quando, admittidas pela lei do logar da celebração do testamento ou pela lei nacional do testador, sejam desconhecidas pela lei da situação dos bens sobre que se quer tornar effectiva a garantia?

Não me parece. Os direitos de preferencia interessam imminentemente o credito publico e, por conseguinte, devem ser regidos pela lei territorial.

Póde, é certo, dizer-se que as successões testamentarias são reguladas, relativamente á validade das suas disposições, pela lei do testador, e que, n'estes termos, não se comprehende, como a lei, reguladora da transferencia da propriedade, não póde reger essa mesma transferencia quando onerada com o encargo d'um direito real, como a hypotheca.

A observação é acceitavel em principio; não allego a sua falsidade absoluta; limito-me a afastar a doutrina que, n'este caso, d'ella dimana, em nome d'um principio superior — *a ordem publica internacional*.

Tambem se tem objectado poder o testador legar a propriedade d'um objecto ao seu credor, parecendo, por isso, inconsequente negar-lhe a faculdade de o beneficiar com um mero direito real.

Ha, porém, profunda differença entre as duas hytheses: um simples legado em nada prejudica os direitos dos outros credores, ao passo que o reconhecimento d'uma hypotheca, concedendo uma preferencia, pretere os restantes pagamentos.

«Se um testador belga, escreve Laurent, não póde estabelecer uma hypotheca em proveito do seu credor, o mesmo succede ao extrangeiro a quem o estatuto pessoal permitta fazel-o. O estatuto pessoal cede perante o territorial de ordem publica e, como já se disse, o interesse geral oppõe-se á concessão d'uma hypotheca em proveito d'um dos credores, qualquer que seja a nacionalidade do testador [1]».

— A hypotheca legal, não sendo tambem acceita por todas as legislações e sendo diversamente regulada pelas que a reconhecem, levanta, por seu turno, difficuldades semelhantes ás expostas.

Poder-se-ha, em nome da lei extrangeira, invocar o direito de hypotheca sobre um immovel, quando, no caso em questão, a lei territorial o não estabeleça? Contrariamente, reconhecendo-o esta, poderá ser allegado, sem embargo do silencio da lei reguladora da obrigação principal?

Á primeira questão responde Fiore affirmativamente.

A hypotheca legal deriva immediata e limitativamente da lei, com o fim de collocar n'uma posição

[1] *Le droit civil international*, vol. VII, pag. 427.

especial certas pessoas, cuja incapacidade ou fraqueza mereceram ao legislador particular protecção, e garantir determinados creditos, cuja importancia relativa demandava maiores seguranças.

Fiore, vendo na base d'esta instituição uma convenção tacita, afasta-a da natureza do privilegio, para a approximar da da hypotheca convencional. É certo ser esta garantia legal requerida pela auctoridade publica em favor de determinado credor, mas nem por isso deixa de representar o accessorio d'uma obrigação pessoal da parte do devedor; ora, como este, contractando, usou de plena liberdade, não póde o accessorio necessario da obrigação principal deixar de ser affectado pela mesma voluntariedade que caracterisa a propria obrigação.

«Debaixo d'este ponto de vista, a hypotheca legal não tem uma base radicalmente distincta da da convencional. Não é, na verdade, um favor ou um privilegio, mas o effeito da convenção tacita, *quasi id tacite convenerint*».

De resto, sendo as obrigações regidas pela lei que presidiu á sua constituição, não deve limitar-se este effeito ao simples valor juridico da propria obrigação; deve antes extender-se ao que lhe está ligado como elemento integrante, como accessorio necessario. N'estes termos, as partes considerar-se-hão obrigadas não só pelo objecto expressamente accordado, mas ainda pelo que, segundo a lei, deve ser considerado como resultando da natureza da obrigação e, por conseguinte, tacitamente consentido.

Não devemos, pois, ir buscar á lei territorial a disposição que nos ha de indicar se o credor tem ou não direito de adduzir uma hypotheca em garantia do seu credito; é, pelo contrario, a lei reguladora da obrigação principal que nos deve enumerar as seguranças necessarias ao seu cumprimento. Sendo assim, as exigencias da ordem publica, relativamente á hypotheca estabelecida por uma lei extrangeira, limitam-se ás condições indispensaveis para a sua validade e execução.

O fundamento de voluntariedade, allegado por Fiore, é incontestavelmente muito longinquo. Com o criterio proposto difficil seria encontrar um acto sem uma base puramente voluntaria; e, por outro lado, tornar-se-hia pouco plausivel a distincção entre a hypotheca legal e o privilegio.

A doutrina do profundo jurisconsulto italiano parece-me inacceitavel, perante as exigencias d'uma consideração de ordem superior,—a influencia da constituição dos direitos de preferencia na organização do credito publico.

A difficuldade não passou desapercebida a Fiore:

«Em vão se objectaria constituir a hypotheca um direito de preferencia contra os credores chirographarios e não poder direito algum de preferencia ser concedido por uma lei extrangeira, relativamente a immoveis situados em determinado Estado. Com effeito, o direito de requerer e obter a inscripção da hypotheca não é, por si mesmo, um direito de preferencia, mas um *jus ad rem* que só se torna

11

effectivo e real depois de inscripta a hypotheca. Além d'isso, devendo, como temos sustentado e repetido, a inscripção ser realizada em conformidade com a *lex rei sitae* e a graduação da hypotheca inscripta determinada pela lei territorial, regulando esta todo o processo destinado a tornar a hypotheca effectiva por meio da expropriação, é claro que o *jus in rem* deve sempre permanecer submettido á *lex rei sitae*, reduzindo-se tudo o que fica dito a respeito da hypotheca legal dos incapazes a admittir *que o direito de requerer e obter a inscripção hypothecaria póde ser fundado na lei pessoal*».

Ha n'esta doutrina uma confusão manifesta.

De facto, o direito de requerer e obter a inscripção da hypotheca, que mais tarde póde vir a transformar-se na allegação effectiva d'um direito de preferencia, está intimamente ligado á ordem publica internacional, pela influencia exercida no credito publico. Afigura-se-me um erro classificar em tal categoria sómente as disposições concernentes a um direito de preferencia que, considerado em si mesmo, isto é, segundo a sua propria natureza, não é reconhecido pela lei nacional, entendendo dever, ao contrario, adoptar-se identica solução relativamente aos casos em que cada direito de preferencia póde ser allegado. E, se é certo, como diz Fiore, ficar a ordem publica internacional offendida, caso um credor hypothecario possa em nome d'uma lei extrangeira prejudicar os direitos dos outros credores hypothecarios, julgo não menos certo ser analoga a offensa quando um credor

hypothecario possa prejudicar os credores communs n'uma hypothese em que a lei nacional lh'o vedava.

Ao estatuto real devemos, pois, recorrer em questões de preferencias; se a *lex rei sitae* não conceder a garantia hypothecaria os bens serão considerados como desonerados.

«Observar-se-ha, escreve Laurent, que, tendo os paes o usufructo dos bens de seus filhos, embora situados n'um paiz cuja lei lh'o não conceda, não ha motivo para negar aos menores uma hypotheca legal sobre os bens situados em paiz extrangeiro cuja lei tambem lh'a não conceda? A objecção é especiosa, mas a resposta parece-me peremptoria. A questão, já discutida no antigo direito relativamente á mulher, era geralmente decidida contra ella. O usufructo legal não interessa terceiros: é um beneficio pecuniario ligado ao exercicio do patrio poder: este beneficio póde ser reclamado pelo pae, sem offensa da ordem social do paiz onde pretende exercel-o. O mesmo não succede, porém, com a hypotheca legal dos incapazes; esta interessa terceiros no mais alto grau, visto preferirem os incapazes aos credores chirographarios[1]».

Supponhamos agora a hypothese contraria, isto é, ser a lei da situação do immovel a unica a reconhecer a hypotheca legal no caso em questão. Poderá ella ser invocada pelo extrangeiro em seu favor, sem embargo do silencio guardado pela lei pessoal?

Não me parece.

[1] *Ob. cit.*, vol. VII, pag. 471.

As garantias de que gosam os incapazes são-lhes concedidas em virtude da sua propria incapacidade; isto basta para serem reguladas pelo estatuto pessoal. Nem podia admittir-se que os legisladores extrangeiros concedessem aos menores mais garantias que o legislador nacional. É certo dever-se protecção aos extrangeiros, mas esta obrigação rezume-se em salvaguardar, quanto possivel, os direitos e as garantias concedidas pela respectiva lei pessoal; se com elles ficam mal protegidos devem queixar-se da propria legislação. Por seu turno, a *ordem publica internacional* não póde ter as menores reclamações a este respeito, visto de modo nenhum estar empenhada em que os interesses privados dos extrangeiros sejam salvaguardados por estas ou por aquellas garantias.

Quando, porém, a hypotheca legal fôr concedida pela lei pessoal e pela territorial nada impede que seja invocada para estabelecer direitos de preferencia. Mas a *ordem publica internacional* póde ainda assim ter restricções a impôr; tal succederá, por exemplo, caso a lei territorial, ao contrario da pessoal, sujeite a hypotheca legal á dupla condição da especialidade e da publicidade: a hypotheca extrangeira deverá, pois, ser modificada em conformidade com o estatuto real[1].

— Alguns legisladores entenderam dever garantir

[1] Laurent, *ob. cit.*, vol. VII, pag. 464 — Bertauld, *ob. cit.*, vol. I, pag. 95 — Weiss, *ob. cit.*, pag. 60, 418, 518 e 608 — Despagnet,

especialmente a execução das sentenças proferidas pelos tribunaes, concedendo ao credor, ou ao que o póde vir a ser, uma hytheca sobre os bens do devedor condemnado. Outros, porém, abandonando este caminho, não ligaram aquella segurança ás decisões judiciaes.

Quando, tanto as leis do paiz onde a sentença foi pronunciada, como as d'aquelle onde se quer obter a sua execução, reconhecem a hypotheca judicial, parece que nada se oppõe á concessão d'este effeito ás sentenças extrangeiras, resalvando-se, comtudo, os principios de *ordem publica internacional*, conforme as regras geraes atraz estabelecidas.

Póde, porém, acontecer que a hypotheca, acceita pela legislação do paiz d'onde a sentença provém, seja rejeitada pela do paiz em cujo territorio se quer obter a execução.

Dever-se-ha, n'este caso, conceder tal effeito ás sentenças extrangeiras?

A doutrina predominante, traduzindo os verdadeiros principios, inclina-se para a negativa.

Na realidade, foi tendo em attenção razões de ordem publica, fundamentadas na equidade e no interesse do credito geral, foi considerando injusta a concessão d'um beneficio a certo credor com prejuizo dos

ob. cit., pag. 621 — Fiore, *Le droit international privé*, trad. Ch. Antoine, vol. II, pag. 467; trad. Pradier-Fodéré, pag. 381; *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, pag. 118 — Hanquet, *ob. cit.*, pag. 164 — Simon, *ob. cit.*, pag. 98.

outros, sómente por elle ter perseguido o devedor com maior rigor ou por o acaso lhe dar a prioridade da exegibilidade do seu direito, que o legislador resolveu recusar ao vencedor uma garantia especial contra o vencido e contra os terceiros interessados.

«Certos auctores, escreve Fiore, têm procurado consideral-a (a hypotheca judicial) como tal (como um direito pertencente á parte), pois, quando as partes estipulam sem estabelecer a hypotheca, deve suppôr-se tacitamente estabelecido o direito do credor fazer condemnar o devedor a constituir a hypotheca, caso não cumpra a obrigação estipulada, de modo que a sentença, provando a realização da falta de pagamento e condemnando a constituir hypotheca, torna efficaz a convenção tacita, e é por isso declarativa e não attributiva de direitos. Devemos, comtudo, notar que, se tudo se passasse entre o credor e o devedor, o raciocinio poderia ser admittido; *mas na realidade a sentença attribue ao credor, que teve a felicidade e a possibilidade de intentar em primeiro logar a competente acção, um direito de preferencia referente a bens que constituiam a garantia commum dos credores, e esta preferencia não póde certamente ser justificada pela pretendida convenção tacita* [1]».

Estas palavras, se por um lado justificam cabalmente a doutrina seguida por Fiore relativamente á hypotheca judicial, refutam tambem por completo o parecer defendido pelo mesmo auctor a respeito da

[1] *Le droit international privé*, trad. Ch. Antoine, vol. II, pag. 491.

hypotheca legal. Havendo, como de facto ha, os mesmos elementos constituitivos de consentimento tacito, e dando elles logar a uma identica preferencia, não se póde comprehender que n'um caso sejam sufficientes para a justificar, e n'outro careçam inteiramente de auctoridade para o mesmo fim.

Figuremos agora a hypothese contraria, suppondo, assim, a hypotheca judicial estabelecida pela legislação do paiz onde se pretende executar a sentença e desconhecida pela do paiz de origem.

N'estes termos, entendo dever conceder-se á sentença extrangeira a garantia da hypotheca judicial porque, sendo esta considerada necessaria para assegurar as decisões proferidas pelos tribunaes, é justificada, relativamente ás sentenças extrangeiras, por motivos identicos aos que justificam o proprio *exequatur*[1].

•

Em materia de privilegios o predominio da lei territorial sobre a lei extrangeira póde dizer-se geralmente reconhecido.

De facto, constituindo o privilegio um favor especial concedido pelo legislador a determinados creditos, em

[1] Consulte-se sobre esta materia: Despagnet, *ob. cit.*, pag. 619 — Weiss, *ob. cit.*, pag. 832 — Fiore, *Le droit international privé*, trad. Ch. Antoine, vol. II, pag. 488 — Bertauld, *ob. cit.*, vol. I, pag. 96.

virtude das suas causas, das suas naturezas, ou de certas conveniencias sociaes, interessa no mais alto grau ao credito publico que essa concessão seja estabelecida limitativamente e que uma lei extrangeira não possa fazer surprezas aos credores, concedendo a alguns creditos garantias, porventura injustificaveis em absoluto, e sempre injustificaveis para o legislador nacional.

Nem a natureza movel do objecto onerado pelo privilegio póde legitimar qualquer excepção aos principios expostos.

Os direitos particulares exercidos sobre as coisas moveis, estão sujeitos ás exigencias superiores da ordem publica internacional, tal como é comprehendida no logar determinado onde a lei exerce o seu imperio.

A natureza especial de certos creditos póde certamente tornal-os dignos de preferencia, mas é sempre preciso conciliar este beneficio com os direitos da massa chirographaria. Esta conciliação affecta intimamente o interesse geral, não podendo, assim, deixar de ser da competencia exclusiva do legislador do paiz onde os bens estão situados.

A lei territorial em materia de privilegios exerce ainda maior influencia que relativamente á hypotheca legal. E os diversos caracteres das duas instituições justificam cabalmente a differença.

De facto, não obstante a analogia existente entre os privilegios e as hypothecas legaes, visto provirem ambos directamente da lei, o legislador não se guiou

pelas mesmas razões ao estabelecer aquelles e ao regulamentar estas.

Certos creditos são garantidos por privilegio em razão da sua qualidade, julgada merecedora d'um favor particular, ao passo que outros são garantidos por hypotheca legal em attenção ao credor, supposto digno d'este beneficio.

O direito internacional privado não póde regular pelos mesmos principios os dois casos.

A lei extrangeira deve ter uma influencia decisiva no segundo, visto reduzir-se tudo a medidas de protecção, embora esta influencia deva ser subordinada ás exigencias superiores da *lex rei sitae*.

O mesmo não póde, porém, succeder com os privilegios legaes. Ao estabelecel-os o legislador teve em vista razões de ordem publica; foi em nome das justas exigencias da vida social, da hygiene, da humanidade, ou da moral publica, que os adoptou,— por conseguinte, as causas são egualmente imperiosas para dividas contractadas dentro e fóra do paiz, para nacionaes e extrangeiros.

Sendo assim, embora a lei reguladora da obrigação não estabeleça para o credito em questão o favor d'um privilegio, poderá invocal-o o credor todas as vezes que a lei da situação do objecto, sobre o qual o privilegio deva recahir, lh'o conceda.

Só ao legislador territorial incumbe escolher os creditos que, em virtude das suas especiaes naturezas, merecem ser privilegiados; e só considerações de utilidade e de justiça, sem ter em conta a pessoa do

credor, nem a sua nacionalidade ou o logar onde se realizou o contracto, o devem guiar n'esta escolha, — basta que o credito exista para ser privilegiado, comtantoque se cumpram as condições especiaes, impostas pelo estatuto territorial.

Estas mesmas idêas são defendidas por Fiore nos termos seguintes: «À primeira vista poderia parecer que, tendo-se adquirido um direito de credito sob o imperio d'uma lei, sem direito algum de preferencia, não devia poder reclamar-se este favor no caso de se proceder contra bens do devedor situados n'um paiz, onde, segundo a lei, o respectivo credito fosse privilegiado. Deve, porêm, considerar-se que nem a autonomia dos interessados, nem a convenção expressa ou tacita da sua parte, têm valor algum n'esta materia; é, pelo contrario, a protecção dos interesses geraes que leva o legislador a attribuir a um credito dado, *em attenção á sua natureza e á sua qualidade*, uma situação especial, em caso de concurso de varios credores sobre os bens sujeitos ao imperio da sua soberania. Conseguintemente, deve julgar-se indifferente ter sido o credito constituido sob o imperio de tal ou tal lei: como, na protecção especial concedida pelo legislador, tudo depende da natureza e qualidade do mesmo credito, tudo deve ser regulado pela lei do logar onde estão situados os bens e onde ha de ter logar o concurso dos credores que têm direitos sobre os mesmos bens [1]».

[1] *Droit international privé*, trad. Ch. Antoine, vol. II, pag. 531

A natureza convencional do penhor afasta da sua regulamentação o rigor dos principios expostos. Nada impede que os direitos, d'elle resultantes, sejam constituidos em virtude d'um contracto celebrado no extrangeiro, devendo, por consequencia, apreciar-se em conformidade com os principios geraes reguladores das relações contractuaes, originadas sob o imperio d'uma lei extrangeira, a validade do contracto de penhor.

A acção da lei extrangeira tem, porém, n'esta materia, como nas outras, a geral limitação imposta pela ordem publica internacional. Fica, por isso, o penhor sujeito ás restricções impostas pela lei territorial affectadas d'este caracter.

Do mesmo modo, julgo inteiramente applicavel a esta materia o exposto relativamente á hypotheca, caso o penhor, em virtude da lei extrangeira que presidiu á sua constituição, não tenha a natureza meramente convencional, exigida pela lei a cujo imperio o objecto esteja submettido.

A importancia da propriedade mobiliaria augmenta todos os dias e os Estados não podem esquecel-a na regulamentação dos seus interesses economicos. Sem uma rigorosa observancia, em relação á propriedade

—Veja-se tambem: Laurent, *ob. cit.*, vol. VII, pag. 479 —Weiss, *ob. cit.*, pag. 617 —Carle, *ob. cit.*, pag. 91 e 102.

mobiliaria como á immobiliaria, dos principios de ordem publica, os interesses de terceiros e a boa fé dos contractos poderiam ser facilmente compromettidos.

A penhora, em vista da diversa regulamentação estabelecida pelos differentes Estados, póde tambem dar logar a algumas duvidas que interessam a fallencia.

Assim, segundo certas legislações a penhora dá ao credor um direito de preferencia; outras legislações, porém, não lhe concedem tal direito,— d'aqui a questão de saber quaes os effeitos que deve produzir, caso as disposições da lei sob cujo imperio tenha sido realizada sejam differentes das d'aquella sob cujo imperio se constituiu a fallencia.

A competencia da lei da penhora parece assegurada não só porque a unidade do juizo da fallencia e a universalidade dos seus effeitos em nada prejudicam os direitos préviamente adquiridos pelos credores, mas ainda porque as preferencias sobre determinados bens devem ser reguladas em conformidade com as disposições da lei da situação dos mesmos bens.

É ainda de notar que, embora a lei extrangeira possa regulamentar a penhora d'uma maneira geral, nem por isso deverá deixar de se observar a lei da fallencia relativamente á nullidade ou annullabilidade dos actos praticados em prejuizo dos credores, depois

da sentença declaratoria ou dentro do periodo da suspeição. A exclusão imposta pelos administradores á livre iniciativa dos credores é inteiramente justificada pela applicação da regra «*prior in tempore, potior in jure*». De resto, esta doutrina deriva directamente dos principios reguladores da fallencia em direito internacional, principios em virtude dos quaes devedor e credores ficam sujeitos a um estado de coisas inteiramente especial, qualquer que seja o logar onde pretendam fazer valer os seus direitos.

«É indubitavel, escreve Fiore, que, tendo a sentença declaratoria de fallencia efficacia exterritorial, como sustentámos, a penhora de data posterior não produzirá effeito algum, e os administradores, declarada executoria a sentença, poderão contestar os direitos dos credores que tiverem praticado penhoras e obrigal-os a abandonarem os bens ou a restituirem a parte já recebida pela penhora, reunindo-a á massa. Se, pelo contrario, se negar a efficacia exterritorial, a penhora será valida e efficaz, segundo a *lex rei sitae*, e os credores que a tiverem exercido serão preferidos no seu paiz, caso assim o determine a respectiva lei.

Pode tambem levantar-se a questão de saber se, querendo taes credores concorrer á repartição do activo pelos restos dos seus creditos que não foram satisfeitos pela penhora, podem ser obrigados a restituir á massa o preço já recebido. Não duvidamos sustentar a affirmativa. Não poderia o credor gozar das vantagens que derivam da lei da fallencia sem

renunciar á indevida preferencia obtida pela lei do paiz onde foram penhorados os bens do fallido [1]».

A natureza movel de certos bens vem reunir uma nova difficuldade ás muitas que os direitos de preferencia já de si levantam.

A facilidade com que estes bens podem ser transportados d'um paiz para outro suscita a questão de saber, se os direitos adquiridos sobre elles, quando se achavam em determinado paiz, subsistem, caso sejam transportados para outro.

Não julgo dever alterar a este respeito os principios precedentemente estabelecidos.

A materia é de sua natureza essencialmente territorial; por conseguinte, a nova *lex rei sitae* deverá ser observada em todos os pontos atraz mencionados, isto é, em todos aquelles a respeito dos quaes a ordem publica offereça manifesto interesse. Isto, porém, não quer dizer que os direitos já adquiridos não devam ser respeitados; sómente terá de se conciliar a sua observancia com as exigencias superiores do interesse social.

Parece-me, pois, que as questões relativas á conservação dos direitos adquiridos têm de ser reguladas pelos mesmos principios que as suscitadas a proposito

[1] *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, pag. 114 — Carle, *ob. cit.*, pag. 100 e seg.

da propria acquisição dos direitos. Assim, quando se estiver em presença de principios de ordem publica julgo dever ser absolutamente rigorosa a observancia da lei territorial. Não posso, por isso, acceitar a doutrina de Dubois, quando dispensa certas formalidades exigidas pelo interesse social, *caso sejam substituidas por outras equivalentes*[1]. O parecer adoptado póde, é certo, contrariar algumas vezes as soluções, aconselhadas pela equidade para o caso em questão, mas prefiro-o ao arbitrio e ao perigo para a ordem publica, occasionados pela opinião contraria.

A materia não justifica, pois, excepção alguma. Desde o momento em que as coisas se acham em determinado territorio d'uma maneira effectiva, não póde deixar de se attribuir uma influencia preponderante á lei da situação.

Nem só a acquisição e conservação dos direitos de preferencia devem regular-se pela *lex rei sitae*, mas tambem a respectiva ordem de pagamento, caso entre os credores se estabeleça concurso para a satisfação dos respectivos creditos.

Ainda n'esta materia as exigencias de interesse geral não permittem a applicação da lei extrangeira; só ao estatuto real deve pertencer regulamentar um

[1] Nota 156 a Carle, *ob. cit.*

assumpto que tão intima relação tem com a organização do credito publico.

Segue-se agora naturalmente tratar do direito de restituição a seus legitimos donos das fazendas ou outros bens, que existam na massa fallida, e de que o fallido fosse por qualquer titulo mero detentor.

Como se vê o fundamento d'esta restituição está na qualidade de proprietario que pertence ainda ao reivindicador.

Dependendo, pois, o direito d'esta qualidade, é preciso examinar á face de que lei deve determinar-se a sua existencia.

N'estes termos, não póde deixar de se recorrer á lei que regula o deposito, o mandato, o casamento, ou qualquer outro dos contractos em questão, para vêr se o fallido é ainda um mero detentor, ou se, pelo contrario, está já realizada a transferencia da propriedade. Conforme se tiver verificado aquella, ou esta hypothese, assim haverá ou não direito á restituição.

Esta regra, porém, não impede que ao juiz, perante o qual fôr proposta a questão, em vista do logar onde os bens se achem situados, incumba examinar quaes sejam as disposições da lei territorial dictadas em salvaguarda dos interesses economicos de Estado, para as applicar rigorosamente, ainda em prejuizo da disposições contrarias da lei extrangeira.

Algumas legislações concedem ao vendedor, em determinados casos, uma especie de direito de reivindicação dos objectos vendidos, que constitue uma verdadeira rescisão do contracto de venda.

O fundamento d'este direito já não está no facto do vendedor ser ainda proprietario dos objectos, mas sim na propria fallencia, e a differença de fundamentos exerce uma influencia decisiva sobre a competencia legislativa.

É a lei da fallencia que deve applicar-se na determinação dos direitos do vendedor, e não a lei do contracto.

«Com effeito, escreve Carle, por um lado, não se trata de saber se a venda operou, ou não, a transferencia da propriedade. Trata-se da rescisão da venda. Por outro lado, esta rescisão, em vez de depender de condições intrinsecas da propria venda, tem por origem uma circumstancia extranha á venda, isto é, a fallencia do comprador. Conseguintemente, para a submetter á lei da fallencia, ha motivos identicos aos já expostos para sujeitar á mesma lei as questões relativas á nullidade ou annullabilidade de certos actos. Segundo esta lei devem, pois, ser determinadas as condições requeridas a fim de ter logar a restituição dos objectos vendidos [1]».

[1] *Ob. cit.*, pag. 111 — Dubois, nota 160 a Carle, *ob. cit.*

V

SUMMARIO.—A concordata—Doutrina de Massé, Renouard, Bonfils e Thaller; critica — Doutrina de Bloch, Alauzet, Lyon-Caen, Brocher, Stelian, Hanquet e Rocco; critica — Doutrina de Carle e Fiore; critica—Doutrina de Dubois, Simon, Weiss e Lemoine — *Order of discharge* — Meios legaes de evitar a declaração de fallencia.

Terminada a instrucção do processo, resta tratar das soluções a que a fallencia póde dar logar.

As desvantagens produzidas frequentemente pela venda dos bens do fallido, creando para este uma situação desesperada, e lesando até os credores nos seus interesses, aos quaes o devedor, collocado em circumstancias de adquirir novos recursos, viria ainda talvez a offerecer uma completa satisfação, fizeram com que o bom senso do commercio introduzisse na instituição da fallencia um favor especial, concedido, em determinadas condições, pelos credores ao devedor e conhecido pelo nome de *concordata*, em virtude do qual lhe são feitas certas concessões obrigatorias mesmo para aquelles que a ellas não adheriram.

Esta solução mostra claramente que nem só medidas de rigor se applicam ao fallido. A sua condição, debaixo d'este ponto de vista, é muito mais favoravel que a dos devedores civis, aos quaes os credores podem sem duvida conceder reducções de creditos, ou moratorias de pagamentos, conservando, porém, estes beneficios um caracter meramente individual.

A concordata, estudada no direito internacional, provoca grandes desaccordos entre os escriptores: devem reconhecer-se-lhe effeitos exterritoriaes? em caso affirmativo, a que condições se sujeitarão? — taes são as questões que originam agora as novas divergencias.

Quando os credores extrangeiros tenham adherido á concordata parece não poder haver duvidas sobre a exterritorialidade dos seus effeitos.

O proprio Massé, tão intransigente, como veremos, no caso contrario, é a este respeito muito liberal, escrevendo:

«Parece-me fóra de duvida que esta sentença (a que homologa a concordata acceita pelos credores extrangeiros a quem se pretende oppôr) não tem necessidade de ser declarada executoria em França. A concordata é um tratado voluntario entre o fallido e os seus credores, sendo por si mesma obrigatoria para todos os que n'ella tomaram parte. A sentença homologatoria tem unicamente por effeito tornar este tratado obrigatorio mesmo para aquelles que n'elle não consentiram. Mas, como aqui só se trata dos seus effeitos para os adherentes, relativamente aos quaes

a sentença homologatoria nada ajunta á concordata, segundo os principios já desenvolvidos e de que acabamos de fazer applicação, póde a concordata extrangeira ser opposta aos credores francezes, que n'ella tomaram parte ou que a ella adheriram, sem ser necessario submetter a sentença homologatoria ao *pareatis* dos tribunaes francezes [1]».

A questão offerece, porém, graves embaraços, quando se pretende oppôr a concordata a credores extrangeiros que a ella não adheriram.

Um primeiro parecer usa de medidas absolutamente rigorosas para com a concordata n'estas circumstancias. Os tribunaes nacionaes não deverão ter em conta a sentença extrangeira a fim de a nacionalizarem por meio do *exequatur*, nem mesmo poderão attender á concordata para a homologarem por auctoridade propria.

Esta doutrina é especialmente advogada por Massé. A quitação, concedida pelos credores e estabelecida pela lei civil, só deve ser opposta áquelles que pela sua nacionalidade estão submettidos a esta lei. Se o credor não abandona voluntariamente parte do seu credito, suppre o legislador o consentimento negado, mas para este supprimento lhe poder ser opposto é

[1] *Ob. cit.*, vol. II, n.º 811.

preciso *que a lei o obrigue ou, pelo menos, que esteja submettido ao seu imperio.*

No paiz, porém, onde a concordata tiver sido homologada, não poderá o credor extrangeiro, embora a ella não tenha adherido, subtrahir-se aos seus effeitos, pois isso equivaleria a crear duas ordens de credores, favorecendo os extrangeiros em prejuizo dos nacionaes. Mas, se, ao contrario, o devedor fôr citado perante um tribunal extrangeiro, a concordata permanecerá absolutamente inefficaz.

Assim, tudo ficará dependente da nacionalidade do tribunal e da dos credores.

N'esta ordem de idéas Massé vai tão longe que nega por completo *exequatur* á sentença homologatoria, e nem mesmo admitte a concordata a ser novamente homologada.—«Comprehende-se que uma sentença pronunciada em paiz extrangeiro entre extrangeiros, ou entre um francez e um extrangeiro, possa e deva ser executada em França, caso seja declarada executoria, visto uma condemnação, pronunciada pelo juiz competente, ser executoria em toda parte onde a auctoridade, apropriando-se da respectiva sentença, consente em lhe prestar o seu apoio. Mas o caso é differente quando a sentença, em logar de representar o exercicio d'uma jurisdicção contenciosa e decidir uma questão disputada entre duas partes, é um simples acto de tutela, destinado sómente a elevar uma convenção particular á altura d'um acto publico e a conceder-lhe effeitos contra os que n'ella não foram partes. É evidente, por isso, não poder este acto de

tutela ou de administração ser apreciado em separado da convenção particular á qual se refere, nem ser opposto senão áquelles que tomaram parte n'esta convenção, ou que a lei local reputa como taes. E, não podendo a lei, que declara a concordata obrigatoria para os credores ausentes, ser opposta aos extrangeiros não domiciliados sob o seu imperio e no territorio por ella regido, resulta que esta concordata, obtida por um extrangeiro no seu paiz, não póde ser utilmente homologada em França, em prejuizo dos credores francezes que a ella não adheriram e que, por seu turno, a sentença de homologação não póde ser declarada executoria, pois, se uma simples formalidade é sufficiente para assegurar o exercicio d'um direito preexistente, nunca póde bastar para crear um direito que não existe [1]».

Renouard encontra ainda um motivo justificativo d'este parecer no facto de o direito dado ao tribunal, para conceder ou negar a homologação, suppôr um perfeito conhecimento das condições em que a fallencia foi aberta e do modo como foi processada; ora a simples producção d'uma concordata extrangeira não podia fornecer os mesmos dados nem offerecer as mesmas garantias [2].

Esta opinião é tambem adoptada por Bonfils [3] e por Thaller [4].

[1] *Ob. cit.*, vol. I, n.º 613.
[2] *Traité des Faillites*, vol. II, pag. 67, cit. por Léonce Thomas.
[3] *Ob. cit.*, n.º 247.
[4] *Ob. cit.*, vol. II, n.º 235.

Apesar da auctoridade dos nomes que a defendem, a doutrina exposta parece-me inteiramente inacceitavel.

N'esta rejeição está até empenhada a defeza da theoria da unidade e universalidade da fallencia, e tudo o que fica dito em seu favor tem aqui inteira applicação. De facto, não podendo a sentença homologatoria receber *exequatur* no extrangeiro, nem mesmo a concordata ahi ser homologada, o unico recurso que resta ao fallido e aos credores, caso ainda queiram salvar alguma parte dos seus interesses, é provocar tantas novas declarações de fallencia quantas forem as nacionalidades dos credores ou as leis sob cujo imperio viverem.

Tal solução é tão rigorosa que os seus proprios partidarios, procurando attenuar consequencias inevitaveis perante a logica, formulam o voto de que na pratica os tribunaes terão em attenção as decisões da justiça extrangeira [1].

Ha, porém, uma contradicção manifesta em negar *exequatur* á sentença homologatoria da concordata, depois de ter admittido, em principio, a auctoridade das sentenças proferidas por tribunaes extrangeiros; nem póde dizer-se que os extrangeiros nunca são tutelados por uma lei differente da da sua nacionalidade, porque a competencia legislativa ha de ser determinada pela natureza da relação juridica, e não pela nacionalidade das partes considerada em si mesma,

[1] Renouard, *log. cit.*

qualquer que seja, de resto, a sua influencia na conformidade entre esta natureza e aquella competencia.

Certamente, é especial o caracter da sentença homologatoria, como especial é tambem o do acto de que ella se apropria, mas este facto não póde levantar maiores embaraços no direito internacional que no direito interno; e, se estes não foram sufficientes para rejeitar aqui a admissibilidade d'esta solução da fallencia, não o podem tambem ser para a afastar do nosso campo particular, onde é inteiramente justificada pelos mesmos motivos.

Ás razões apresentadas por Renouard bem póde applicar-se a maxima — *qui nimium probat, nihil probat.*

Na realidade, se o facto do tribunal não ter inteiro conhecimento da maneira como foi instruido o processo da fallencia é causa sufficiente para rejeitar por completo a concordata, obriga a logica a negar tambem qualquer effeito exterritorial a todas as sentenças proferidas pelos tribunaes extrangeiros.

No fundo, o motivo que impera n'estes escriptores é o desejo de concederem uma protecção especial aos credores nacionaes; sómente esquecem que o meio adoptado acaba por se transformar em seu proprio prejuizo, obrigando os credores a provocarem novas declarações de fallencia, ou sujeitando-os, caso se tenham limitado a acceitar a concordata voluntariamente, a serem espoliados pelos dissidentes que queiram fazer valer os seus direitos sobre os bens situados no extrangeiro.

Deixando a doutrina exposta, outros auctores admittem que os tribunaes nacionaes homologuem a concordata extrangeira, e que á sentença homologatoria sejam concedidos effeitos exterritoriaes, sob reserva de previo *exequatur*, para cuja concessão deve proceder-se a revisão fundamental.

«Encontramo'-nos n'uma situação analoga, escreve Bloch, áquella em que nos achavamos quando se procurava decidir quaes poderiam ser em França os effeitos d'uma sentença declaratoria de fallencia pronunciada no extrangeiro. Aqui trata-se de saber quaes poderão ser os effeitos em França d'uma sentença extrangeira que homologa uma concordata obtida no extrangeiro. Não se está em presença d'uma convenção celebrada entre as partes, mas sim d'uma sentença capaz, ou não, de produzir certos effeitos. Talvez nos objectem que, em França, mesmo os credores que recusaram a concordata, mesmo os que n'ella não tomaram parte, são obrigados a acceital-a, mas é justamente para elles que se exige uma sentença homologatoria da concordata; é esta sentença que em certo modo protege os direitos da minoria, é esta sentença que produz effeitos. Com razão é, pois, considerada a unica capaz de impôr em França a concordata aos credores que a não acceitaram. Mas, como sempre sustentámos para todas as sentenças extrangeiras invocadas em França, a sentença homologatoria

da concordata não poderá produzir effeito algum, e, por consequencia, a concordata não poderá ser opposta aos credores que a não tiverem votado ou que não tiverem tomado parte nas operações do voto, emquanto não fôr declarada executoria. Depois, porém, do *exequatur* ter sido concedido pelos tribunaes francezes, não vêmos motivo que inhiba a concordata de produzir os seus effeitos, como os produz a sentença declaratoria de fallencia [1]».

Esta opinião é tambem seguida por Alauzet [2], Lyon Caen [3], Brocher [4], Stelian [5] e Hanquet [6].

Rocco, sempre fiel á theoria dos estatutos e vendo a instituição da fallencia constantemente marcada pelo cunho da realidade, decide que «a concordata celebrada entre os credores em paiz extrangeiro e ahi homologada pela auctoridade competente, extensiva a todos os credores sem distincção entre nacionaes e extrangeiros, não comprehende por si mesma senão os bens situados no proprio territorio, visto que o estatuto real não se extende de logar em logar. Mas, se a sentença homologatoria do accordo fôr declarada executoria no reino, naturalisando-se assim de certo modo a fallencia extrangeira, o accordo produzirá

[1] *Ob. cit.*, pag. 117.
[2] *Commentaire du code de commerce*, vol. IV, n.º 1803.
[3] *Ob. cit.*, vol. II, n.º 3139 e 3144.
[4] *Ob. cit.*, vol. III, n.º 47, pag. 219.
[5] *Ob. cit.*, pag. 222.
[6] *Ob. cit.*, pag. 155.

effeitos ainda sobre os bens situados em o nosso territorio [1]».

Esta doutrina, bem que inteiramente distincta da anterior, confunde-se entretanto com ella nas suas consequencias; devo limitar-me a expôl-a; a critica já atraz está feita com o estudo da theoria dos estatutos e da natureza da fallencia, estudo em que julgo ter demonstrado quanto aquella theoria é falsa e quanto a verdadeira natureza d'esta instituição a afasta das leis classificadas pelos estatuarios como reaes [2].

Pelo que respeita á doutrina de Bloch, a refutação do systema da revisão fundamental, para a observancia das sentenças extrangeiras, parece-me servir de sufficiente resposta [3].

Entre os partidarios da theoria da unidade e universalidade da fallencia nota-se tambem certa discordancia relativamente a esta questão.

Carle exprime o seu parecer com as seguintes palavras:

«Á primeira vista parece inadmissivel poder uma homologação extrangeira obrigar credores d'um outro Estado que não consentiram na concordata. Todavia,

[1] *Diritto civile internazionale*, pag. 376, cit. por Fiore, *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, pag. 96.

[2] Veja-se o Capitulo primeiro, § I.

[3] Veja-se o Capitulo primeiro, § IV.

se se considerar que mesmo os credores extrangeiros devem ficar sujeitos á jurisdicção do fallido, que só o tribunal da fallencia fiscaliza as operações por intermedio do juiz delegado, sendo por isso o unico apto para julgar se a homologação deve ser concedida ou recusada, e que, finalmente, o credor extrangeiro póde perante este tribunal fazer opposição á concordata e pedir a sua rescisão ou annullação, concluir-se-ha com razão que, *declarada executoria a sentença da fallencia nos Estados onde se quer proceder a algum acto de execução, as sentenças posteriores, que apenas certificam os resultados das operações da fallencia, e, entre ellas, a homologatoria da concordata, não precisam ser declaradas executorias*... A concordata, não obstante o seu caracter especial, *é uma verdadeira convenção* que póde oppôr-se por excepção, sem dar propriamente logar a uma acção tendente a obter *exequatur* [1]».

Por seu turno Fiore, depois de ter acceitado os effeitos exterritoriaes da concordata sem dependencia de previo *exequatur*, muda de opinião, escrevendo: «Não se devia, na verdade, fazer distincção alguma entre os contractos celebrados no Estado e os concluidos fóra, e entre os credores nacionaes e os extrangeiros. A concordata, competentemente homologada, devia ser obrigatoria para todos os credores indistinctamente, porque todos devem ser submettidos ás consequencias juridicas da fallencia, segundo a lei do paiz onde esta

[1] *Ob. cit.*, pag. 84.

foi declarada. Parece sómente que, para se poder oppôr em juizo n'um terceiro paiz, é necessario fazel-a antes declarar executoria, e modificamos n'este ponto a opinião precedentemente emittida... Quando certos factos e certas qualidades adquiriram uma existencia juridica pela sentença do magistrado competente, este póde certificar efficazmente estes factos e estas qualidades no paiz onde exerce a sua auctoridade e jurisdicção; mas n'um terceiro paiz, embora respeitando a regra *res judicata pro veritate habetur*, será sempre necessario examinar se o magistrado era o competente e se do reconhecimento da sua sentença não deriva alguma offensa para o direito publico ou para a ordem publica interna do reino [1]».

A doutrina de Carle parece-me falsa e contradictoria com os principios seguidos pelo auctor.

Poder-se-ha tomar como fundamento a natureza contractual da concordata, esquecendo a sentença homologatoria a ponto de, quanto aos seus effeitos exterritoriaes, se attender unicamente á convenção?

A concordata é sem duvida uma convenção para os credores que a ella adheriram mas, relativamente aos restantes, que entretanto se acham egualmente obrigados, a sua força não póde de modo algum provir do accordo livre das partes. Concluir do consentimento para a obrigação que liga os contractantes,

[1] *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, pag. 88 e seg. — *Droit international privé*, trad. Pradier-Fodéré, § 305 e seg. Appendice, pag. 689.

quando de facto se recusa esse consentimento, é na realidade um singular raciocinio.

Mas, por outro lado, não se póde ser mais rigoroso com os resultados da concordata que com quaesquer outros effeitos d'uma sentença; por isso, embora se não considere esta solução em separado e só se veja ligada á propria declaração da fallencia, não deve sujeitar-se em absoluto a sua acção a um previo *exequatur* que nacionalise esta. Depois de ter estabelecido, como Carle fez, uma differença profunda entre os effeitos do caso julgado e os effeitos do titulo executorio, ha manifesta inconsequencia em abrir, relativamente á concordata, uma excepção que motivo nenhum justifica.

Quanto ao parecer de Fiore julgo sufficiente, para poder declaral-o inacceitavel, relembrar a distincção indicada entre a sentença considerada como caso julgado e como titulo executorio, relativamente ás condições requeridas para a exterritorialidade dos seus effeitos [1].

A critica das doutrinas expostas deixa já ver que partido entendo dever seguir na materia. A questão não é nova, a sua natureza permitte que uma simples applicação dos principios estabelecidos baste para a resolver.

[1] Veja-se o Capitulo primeiro, § IV.

Julgo estar-se em presença d'uma sentença extrangeira, tendo, é certo, um caracter particular, como a propria instituição da fallencia de cuja feição não podia deixar de participar, mas para a qual a observancia da regra geral relativa á execução de sentenças extrangeiras é justamente applicavel.

A sentença homologatoria da concordata tem incontestavelmente uma auctoridade propria; não se comprehende, por isso, que a sua execução esteja só sujeita á execução d'outra sentença, quaesquer que sejam, de resto, as consequencias a tirar da dependencia referida.

Entendo, pois, dever a questão resolver-se pela distincção entre os effeitos inherentes ao caso julgado, e os effeitos inherentes ao titulo executorio.

N'estes termos, a concordata celebrada no extrangeiro e devidamente homologada pelo juiz da fallencia, unico competente para este effeito, deve poder ser opposta a qualquer credor, unicamente em virtude da auctoridade da sentença homologatoria, sendo em absoluto desnessaria a concessão previa de *exequatur*; ao contrario, este tornar-se-ha indespensavel, caso a concordata passe a servir de base a um acto de execução propriamente dicta: n'estas circumstancias estaria, por exemplo, uma venda judicial de bens.

«Em resumo, não fazemos aqui senão applicar á sentença homologatoria da concordata os principios atraz estabelecidos a respeito da auctoridade e execução forçada da sentença declaratoria da fallencia. A auctoridade das duas sentenças extende-se, em qualquer

paiz, mesmo ás pessoas que não foram partes no respectivo processo; é uma derogação á regra *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*, derogação resultante da natureza propria d'estas sentenças e que é uma das necessidades da fallencia. Mas é unicamente a sua auctoridade de caso julgado que se extende d'este modo, e não a sua força executoria [1]».

Attenta, porém, a intima ligação existente entre a concordata e a declaração de fallencia, em vista da qual a execução d'aquella importa por si mesma a execução d'esta, torna-se necessario, caso o *exequutur* deva exigir-se para a primeira, obtel-o tambem para a segunda.

Tal é o parecer de Dubois, unico que julgo acceitavel, seguido tambem por Albert Simon [2], Weiss [3] e Lemoine [4].

Ainda pelo que respeita á competencia legislativa não ha a alterar as regras estabelecidas, devendo esta ser regulada pela lei do domicilio do fallido, salvas as restricções impostas pela ordem publica internacional.

O direito inglez offerece á fallencia uma solução especial desconhecida das legislações continentaes.

[1] Dubois, nota 116 a Carle, *ob. cit.*
[2] *Ob. cit.*, pag. 78 e seg.
[3] *Ob. cit.*, pag. 883.
[4] *Ob. cit.*, pag. 234.

Ao lado da concordata commum a estas legislações, estabelece aquelle direito uma outra solução, conhecida pelo nome de *order of discharge,* cujo effeito é desonerar o fallido do saldo resultante da insufficiencia do dividendo distribuido aos credores.

É por meio d'uma sentença, proferida pelo tribunal em qualquer estado do processo de fallencia, caso o inquerito aberto sobre a conducta do fallido *(public examination)* já esteja terminado, que se obtem esta concessão.

Tendo, porém, a propriedade do activo passado do fallido para o *trustee,* em virtude da declaração de fallencia, não póde voltar d'este para aquelle senão por consentimento da massa; por isso os effeitos do *order* consistem em limitar o passivo ao valor dos bens actuaes e servir de quitação relativamente aos bens futuros, prejudicando assim o debito do fallido.

Pela legislação anterior a 1883, e nomeadamente pela de 1869, para o devedor poder aproveitar este beneficio devia ter pago pelo menos um dividendo de 50%, a não ser que a inferioridade do rendimento fosse devida a faltas do administrador, ou ter conseguido voto favoravel dos credores reunidos em maioria e representando tres quartos da totalidade dos creditos. Estas restricções não produziram, porém, os resultados desejados; os abusos foram numerosos, e não raro a fallencia forneceu ao devedor um meio de quitação, certamente commodo, mas a que a fraude nem sempre foi extranha.

Por isso a nova lei, seguindo outro caminho, tomou certas precauções, a fim de evitar que a sentença se obtivesse com excessiva facilidade, procurando assim circumdar de mais serias garantias os direitos dos credores—N'este proposito, determinou-se que o tribunal só poderia conceder ao devedor uma sentença favoravel, caso este não tivesse commettido algum dos delictos previstos pelo *debtors act* de 1869 ou pelo novo estatuto de 1883, (os mencionados, porém, n'este ultimo logar não foram considerados absolutamente incompativeis com o *order of discharge*, podendo os seus effeitos limitar-se a sujeital-o a certas reservas); aos credores foi tambem concedido o direito de depôrem na audiencia [1].

Dever-se-hão conceder effeitos exterritoriaes a esta medida especial adoptada pela lei ingleza?

Os principios que nos hão de guiar estão já expostos, —resta só applical-os.

Está-se, é certo, em presença d'uma sentença proferida por um tribunal extrangeiro, mas, como tive occasião de mostrar no capitulo em que particularmente me occupei d'esta materia, a concessão de effeitos exterritoriaes a estas sentenças não é incondicional; fica dependente das exigencias da ordem publica,—regra suprema que domina toda a questão.

Ora é em nome da necessidade de manter a força juridica das obrigações, de assegurar as justas esperanças dos credores, de fomentar o credito publico

[1] Veja-se Stelian, *ob. cit.*, pag. 133.

e de garantir o proprio direito de propriedade, que entendo dever afastar por completo esta incomprehensivel espoliação, que a prudencia dos legisladores continentaes tornou privativa da sua patria de origem [1].

Alguns codigos estabelecem certos meios legaes de evitar a declaração da fallencia: é uma outra medida de benevolencia para com os devedores que essas legislações nos apresentam.

A affinidade, por vezes mesmo a identidade, que liga a sua natureza á da concordata, colloca naturalmente o seu estudo n'este logar.

São, entretanto, bastante differentes as organizações por meio das quaes as leis julgaram dever pôr em pratica estas medidas: ora restringiram os seus effeitos a simples moratorias e a sua concessão a casos determinados, obrigando a acção da justiça a uma maior ou menor conformidade com a vontade dos credores, ora substituiram essas restricções por uma certa liberdade sobre o objecto e condições do accordo, permittindo assim uma verdadeira concordata com caracter preventivo.

[1] Veja-se Thaller, *ob. cit.*, vol. II, pag. 251 e 377, nota 1 — Bloch, *ob. cit.*, pag. 127 — Stelian, *ob. cit.*, pag. 133 e 227 — *Contra:* Weiss, *ob. cit.*, pag. 885 — *Journal du droit international privé*, 1886, pag. 332.

Por que regras devem ser reguladas taes disposições no campo do direito internacional?

Ainda a este respeito não se harmonisam as opiniões dos escriptores.

«Segundo o nosso parecer, escreve Dubois, só em certos casos, e por excepção, as moratorias legalmente obtidas n'um paiz devem ser consideradas inefficazes nos outros paizes. Comprehendemos tal decisão quando a lei que as concede é manifestamente injusta, como tambem quando são obtidas por favor ou capricho, sem garantias d'um exame serio e imparcial da parte de quem as defere. Mas, quando são concedidos por uma sentença verdadeiramente digna d'este nome, ou por uma lei cujas disposições são razoaveis, parece-nos dever esta sentença, ou esta lei, produzir no extrangeiro os effeitos que podem produzir, em geral, as sentenças e as leis.

Dever-se-ha tambem distinguir entre as moratorias concedidas por uma lei, e as obtidas por uma sentença. Estas ultimas produzirão, sem duvida, effeitos no extrangeiro, em virtude da auctoridade do caso julgado, e, segundo a nossa opinião, sem distincção resultante da nacionalidade d'aquelle contra o qual foram pronunciadas. Mas esta auctoridade será restricta ás partes litigantes. Não ha logar para estabelecer aqui uma excepção ao principio *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*, porque, não fazendo a sentença, que concede a moratoria, parte d'um conjuncto de medidas organizadas no interesse geral dos credores, differe essencialmente da sentença

declaratoria da fallencia e da sentença homologatoria da concordata. Pelo contrario, as moratorias concedidas por uma lei produzirão effeitos *erga omnes*, porque tal é, em geral, o effeito das leis» [1].

Esta doutrina parece-me absolutamente inacceitavel.

A distincção entre a moratoria estabelecida pela lei e a concedida por uma sentença é por completo destituida de fundamento: foi attendendo á situação do devedor e aos interesses bem entendidos dos credores, que o legislador adoptou estas medidas especiaes; a extensão da sentença, que as organiza, ainda ás partes não litigantes, é justificada no direito internacional pela mesma ordem de considerações que a legitima no direito interno. A questão é em tudo semelhante ao que succede com a fallencia e com a concordata; nem sem este effeito os remedios preventivos se poderiam comprehender, porque então da vontade de qualquer credor, extranho ao primitivo processo, ficaria dependendo por inteiro a sua efficacia.

Tambem as considerações apresentadas por Dubois, relativamente á justiça das disposições legislativas que consignam estas medidas, ou das sentenças que as organizam, são contrarias aos principios geraes de direito internacional e á doutrina anteriormente exposta pelo mesmo auctor.

Certamente, se qualquer d'estas medidas fôr consignada por um documento particular, ou por uma lei

[1] Nota 121 a Carle, *ob. cit.*

cujas disposições offendam a moral publica do paiz onde se pretenda realizar a execução, não lhe podem ser reconhecidos effeitos exterritoriaes, — mas para isto não é preciso abrir novas excepções aos principios já estabelecidos. Não se trata de saber se a lei é bôa ou má: isso importa pouco ao direito internacional; o que se quer é investigar se offende, ou não, a ordem publica do paiz extrangeiro onde deve observar-se, caso a natureza da relação juridica lhe dê competencia para a regulamentar.

Parece-me, pois, que o caminho a seguir é sempre o mesmo: trata-se d'uma sentença extrangeira e, por conseguinte, a sua acção internacional ha de ficar dependente das condições atraz mencionadas.

Sendo assim, a questão deve ser formulada nos seguintes termos: permittem os *principios de ordem publica* que os meios de evitar a fallencia, estabelecidos por algumas legislações, sejam recebidas n'um paiz cujo direito interno os desconheça?

A meu vêr a resposta deve ser negativa.

De facto, as medidas indicadas constituem uma derogação muito grave aos direitos dos credores, taes como são estabelecidos pelas convenções, para que possam ser admittidas a produzir effeito nos paizes onde o legislador as não tenha acceitado.

Quando, porém, forem tambem recebidas pela legislação d'este paiz, nada se oppõe á sua execução exterritorial, salvo levantando-se novos conflictos com a ordem publica, produzidos pela propria regulamentação da medida, como aconteceria no caso da legis-

lação extrangeira dar aos tribunaes o direito de fazerem estas concessões e da legislação nacional, porventura comprehendendo melhor os verdadeiros interesses, considerar tal attribuição como uma espoliação dos legitimos direitos dos credores [1].

VI

Summario — Liquidação do activo do fallido — Logar onde deve proceder-se á venda dos bens — Capacidade dos administradores da massa para promoverem esta venda.

Tratada a concordata, resta examinar quaes as dis-disposições que regulam a liquidação dos bens do devedor, a fim de se realizar a repartição proporcional do activo pelos credores. É a segunda hypothese que póde dar-se, tão contraria á primeira que Thaller fal-as corresponder respectivamente ás idéas de paz e de guerra.

[1] Veja-se em sentidos diversos: Despagnet, *ob. cit.*, pag. 653 — Stelian, *ob. cit.*, pag. 223 — Roy, *ob. cit.*, pag. 168 — Simon, *ob. cit.*, pag. 84 — Bloch, *ob. cit.*, pag. 122 — Asser et Rivier, *ob. cit.*, pag. 245 — Weiss, *ob. cit.*, pag. 885 — Fiore, *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, pag. 103 — Lemoine, *ob. cit.*, pag. 238 — Lyon-Caen et Renault, *ob. cit.*, vol. II, pag. 933.

Não me demorarei agora com o exame de todas as questões relativas á repartição do producto d'esta liquidação pelos credores do fallido; a determinação, já feita, dos seus respectivos direitos, em face dos titulos correspondentes, assegurando a cada um a posição que lhe compete, sem que a universalidade da fallencia em nada a modifique, justifica uma simples remissão para o logar onde a materia foi desenvolvida [1].

Entretanto, a venda dos bens, considerada debaixo do ponto de vista do direito internacional, offerece ainda algumas difficuldades.

A primeira questão, naturalmente suscitada, é a de saber qual o logar onde deve proceder-se a esta venda.

Tudo, a meu vêr, aconselha a escolha do logar da situação dos bens.

Uma razão, inteiramente pratica e utilitaria, indica logo esta decisão: é o proprio interesse da massa fallida.

De facto, é evidente que será o logar da situação dos immoveis aquelle onde com maior facilidade se hão de encontrar compradores, offerecendo condições vantajosas.

Vender em Hespanha ou em França bens situados

[1] Veja-se o § IV d'este Capitulo.

em Portugal, por exemplo, não é com certeza o melhor meio de obter um preço remunerador.

Além de que os preceitos relativos á venda judicial de bens são leis de processo que têm os immoveis por objecto: estão intimamente ligados á organização da propriedade, assistindo, por isso, ao legislador pleno direito de só reconhecer como válida a transmissão realizada nos termos por elle determinados.

O legislador limitou-se, é certo, a estabelecer estas formalidades para algumas categorias de immoveis, mas do facto da sua acção se restringir a pontos especiaes não póde concluir-se que a sua vontade seja menos soberana.

Sendo assim, é evidente que só no logar da situação deve realisar-se a venda dos bens, porque não seria possivel observar em Portugal, por exemplo, as fórmas de processo estabelecidas pela lei franceza.

O estatuto real tem, pois, na materia influencia preponderante [1].

Antes, porém, de chegar á arrematação dos bens, ha certas formalidades preliminares a cumprir.

Importa vêr agora qual a lei que as deve regular.

O administrador da massa fallida nem sempre en-

[1] *Journal du droit international privé*, 1883, pag. 475.

contra, no titulo que o nomeia, habilitação sufficiente para proceder á venda dos bens do devedor. Segundo algumas legislações é ainda preciso cumprir certas formalidades, com o fim de obter auctorisações especiaes que lhe dão verdadeiramente a capacidade, só imperfeita e condicionalmente conferida pelo primitivo titulo.

Qual a lei que deve regular estas formalidades habilitantes?

Entendo que a da fallencia.

De facto, trata-se d'uma questão de capacidade: já isto afasta a applicação da lei territorial. Como poderia o administrador da fallencia ter no extrangeiro uma capacidade que a lei nacional lhe nega, e com que direito poderia uma auctoridade extrangeira supprir a insufficiencia do respectivo titulo?

Por outro lado, em que podem estas formalidades interessar a soberania?

A propria razão, que levou o legislador a estabelecel-as, mostra como o estatuto real está fóra de causa: trata-se, com effeito, d'uma simples questão de capacidade.

Além d'isto, a diversidade das legislações, quanto ás formalidades habilitantes, torna materialmente impossivel a applicação da *lex rei sitae*.

«A constituição da fallencia, escreve Humblet, não é a mesma em todas as legislações, e por isso o administrador encontrar-se-ha n'uma absoluta impossibilidade de se habilitar, segundo as formalidades exigidas pela lei da situação dos immoveis. A lei fran-

ceza quer que o administrador seja auctorisado pelo juiz-commissario; supponhamos que se trata de immoveis dependentes d'uma fallencia allemã. Na Allemanha não existe juiz-commissario para as fallencias. Que fazer, pois, n'esta hypothese? Deverá o administrador obter na Allemanha a nomeação d'um commissario? Não é possivel. Proceder-se-ha em França a esta nomeação? Nenhum tribunal teria competencia para isso, a não ser que uma nova fallencia fosse declarada e organizada, o que seria abraçar o systema precedentemente combatido [1]».

Poucos escriptores impugnam esta doutrina, mas esses mesmos vêem-se de tal modo embaraçados com as difficuldades materiaes produzidas pela diversidade das legislações, que são obrigados, para manter tal opinião, a adoptar expedientes verdadeiramente arbitrarios.

Assim, o auctor d'um artigo publicado no *Journal du droit international privé* [2], em que se defende a these opposta á de Humblet, relativamente á venda de bens pertencentes a menores, exemplificando a questão como a lei ingleza e suppondo os bens situados em França, é forçado a supprimir o conselho de familia, desconhecido por aquella legislação, sob pretexto de não ser uma instituição essencial, e a delegar os seus poderes no tribunal respectivo. «Seria

[1] Log. cit.
[2] 1880, pag. 292 e seg.

impossivel convocar em França um conselho de familia para um menor inglez; os parentes e amigos esquivar-se-hiam a tomar parte n'elle; e o juiz de paz francez recusaria a sua presidencia. Como introduzir, com effeito, no governo d'uma familia extrangeira uma instituição que não está em harmonia com a sua lei nacional e que, segundo esta, carece de acção legal?»

Ora, mesmo sem discutir o que ha de arbitrario n'estas considerações, relativamente ao logar secundario dado ás funcções do conselho de familia, não servirão ellas para demonstrar cabalmente a impossibilidade absoluta de seguir os termos prescriptos pela lei territorial?

Resolver a difficuldade supprimindo as formalidades habilitantes estabelecidas pela lei do paiz da situação que não pudérem ser cumpridas, é confundir a capacidade do agente com a fórma do acto e dar ao administrador extrangeiro poderes mais extensos que os resultantes do seu titulo e os conferidos aos administradores nacionaes.

A determinação precisa das formalidades pertencentes a esta categoria, só possivel em face das differentes hypotheses occorrentes, offerecerá muitas vezes graves difficuldades praticas, mas nem por isso devemos deixar de concluir com Napolitani que «estas suppostas formalidades são verdadeiros requisitos essenciaes para a integração da capacidade juridica, pertencendo ao complexo de relações de direito comprehendidas sob a denominação de *relações de estado*

e capacidade, e devendo ser reguladas pela lei nacional e não pela do logar [1]».

VII

Summario. — Cessação das incapacidades resultantes da declaração de fallencia — Jurisdicção internacional.

Para completar a doutrina d'este capitulo, resta estudar a materia relativa á cessação das incapacidades resultantes da declaração de fallencia e á rehabilitação do fallido.

As competencias judicial e legislativa, attribuidas n'este assumpto ao domicilio do devedor, justificam-se com as mesmas considerações que determinaram identica resolução relativamente á propria declaração de fallencia, considerações ainda aqui reforçadas pela influencia exercida pelos actos precedentemente praticados nos conhecimentos que devem habilitar o tribunal a poder apreciar com justiça estas questões.

Mesmo alguns dos auctores mais rigorosos pelo que

[1] *Ob. cit.*, pag. 35 — Além dos auctores citados, veja-se: Picard, *Journal du droit international privé*, 1881, pag. 470 n.º 33 — Laurent, *ob. cit.*, vol. VIII, pag. 128 — Foelix, *ob. cit.*, vol. I, n.º 89 — Weiss, *ob. cit.*, pag. 882.

respeita á execução de sentenças extrangeiras e, em geral, a todos os principios de direito internacional, mostram-se especialmente liberaes para com estas sentenças, por nem as considerarem como uma execução, nem como uma condemnação. Assim, Léonce Thomas decide que, «quando se trata d'uma fallencia declarada em paiz extrangeiro, a sentença de rehabilitação proferida mais tarde pelo tribunal que tinha declarado a fallencia, produz effeito em paiz extrangeiro, *sem ter necessidade de ser declarada executoria:* a sentença é valida, desde então, pelo simples facto de existir [1]».

Entretanto Roy, certamente com menos razão mas talvez com mais logica, nem mesmo para estas sentenças dispensa o *exequatur:* «Porventura, tendo sido observados os principios de competencia e proferida a rehabilitação pelo tribunal que declarou a fallencia, deve a sentença produzir os seus effeitos em toda a parte sem necessidade de *exequatur?* Com certeza não. A rehabilitação, do mesmo modo que a declaração da fallencia e a homologação da concordata, é pronunciada por meio d'uma verdadeira decisão judicial; n'este caso ha tambem um acto de soberania, só efficaz no territorio a que se extende a sua acção. Sem duvida esta decisão não carecerá por completo de effeitos em França, *mas para ter alguma efficacia deverá ser declarada executoria pelos tribunaes francezes* [2]».

[1] *Ob. cit.*, pag. 118.
[2] *Ob. cit.*, pag. 173.

Segundo a doutrina precedentemente estabelecida, não encontro, ainda n'este assumpto, motivo algum para modificar os principios expostos: a questão continua a reduzir-se a uma simples execução de sentença extrangeira. Como, porém, esta sentença não póde dar logar a actos de execução propriamente dicta, não haverá necessidade de *exequatur*.

A intima relação que liga o fim da interdicção á fallencia faz estabelecer principios identicos sobre a jurisdicção internacional: a questão deve ser considerada como se se tratasse d'um só processo. É, pois, ao tribunal que declarou a fallencia, que deve reconhecer-se competencia para proferir esta sentença.

Entretanto Vincens entendeu dever concluir da universalidade dos effeitos da fallencia para a competencia dos tribunaes de qualquer paiz [1].

Carle responde cabalmente a este parecer com as seguintes palavras: «É precisamente por dever a declaração da fallencia, proferida pelo tribunal competente, ser reconhecida em todos os Estados que estes devem respeitar as consequencias d'esta declaração. Se um individuo foi declarado fallido em Inglaterra, por exemplo, em conformidade com as leis inglezas e pelos tribunaes inglezes, é em conformidade com as

[1] *Legislation commerciale*, vol. 1, pag. 566, cit. por Carle, *ob. cit.*, pag. 114.

mesmas leis e pelos mesmos tribunaes que deve ser rehabilitado. De outro modo seria muito facil a um extrangeiro, ou mesmo a um nacional declarado fallido no extrangeiro, recorrer, para ser rehabilitado, a tribunaes que não conhecessem as causas, nem as circumstancias, nem, n'uma palavra, a moralidade da fallencia; isto seria uma origem constante de fraudes, uma porta aberta á má fé [1]».

[1] *Ob. cit.*, pag. 115.

CAPITULO QUARTO

TRATADOS INTERNACIONAES

Summario. — Tratados internacionaes — Condição dos credores extrangeiros — Unidade e universalidade da fallencia limitada aos bens moveis — Theoria da unidade e universalidade; congresso de Montevideu.

Se as questões internacionaes suscitadas pela fallencia não têm preoccupado em demasia a attenção dos legisladores nas legislações internas [1], nem por

[1] Recentemente, os redactores do projecto do codigo commercial hollandez, afastando-se do caminho de ordinario seguido, occuparam-se da regulamentação da fallencia comprehendendo relações internacionaes, por meio de disposições que, se não estão ao abrigo de todas as censuras, manifestam uma tendencia digna de ser imitada. Eis o proprio texto do projecto:

«La déclaration de faillite prononcée dans un pays étranger par l'autorité compétente d'après les lois de ce pays, est reconnue dans les Pays-Bas.

Elle a, à l'égard des droits et des actes qui sont régis par la loi des Pays-Bas, les mêmes effets qu'aurait eus une déclaration de faillite prononcée dans les Pays-Bas». *(Art. 211).*

«Les dispositions du précédent article ne sont pas applicables

isso têm sido completamente esquecidas nos tratados internacionaes.

As necessidades da pratica começaram muito cedo a fazer sentir quanto eram deficientes as disposições

si, d'après la loi néerlandaise, le juge néerlandais est l'autorité compétente pour prononcer la déclaration de faillite». *(Art. 212).*

«Pour l'application de l'article 211, 2.e alinéa, la faillite déclarée à l'étranger sera réputée avoir date à partir du jour où la déclaration de faillite a été publiée dans les Pays-Bas au moyen d'une annonce dans le *Journal officiel.*

La déclaration de faillite ne peut pas être opposée à celui qui prouve que nonobstant la publication mentionnée, elle n'a pu être connue dans le lieu de son domicile.

Celui à qui la déclaration de faillite était connue ne peut pas invoquer les dispositions de cet article». *(Art. 213).*

«Les créanciers qui, après la déclaration de faillite prononcée dans les Pays-Bas, ont séparément recouvré leurs créances en tout ou en partie sur des biens situés à l'étranger, et non grevés d'un droit de préférence à leur profit. sont tenus de restituer à la masse ce qu'ils ont reçu de cette manière». *(Art. 214).*

«Le créancier qui a cédé sa créance à un tiers, afin de mettre celui-ci à même de recouvrer cette créance séparément ou par préférence sur des biens du failli qui se trouvent à l'étranger, est tenu de restituer à la masse ce qu'il aura rocouvré par ce moyen.

Sauf preuve de contraire, la cession est réputée avoir été faite dans ce but si le créancier savait que son débiteur avait cessé ses payements». *(Art. 215).*

«La même obligation de restitution à la masse incombe à celui qui a cédé sa créance à un tiers, pour le mettre à même d'invoquer à l'étranger une compensation non autorisée par la loi néerlandaise.

L'article 215, alinéa 2, est applicable à ce cas. *(Art. 216).*

(Veja-se Asser, *Revue de droit international*, 1887, pag. 258).

das leis em vigor, obrigando diversos Estados a negociarem medidas que, mais ou menos liberalmente, satisfizessem as exigencias do commercio.

Mas foi sobretudo n'este seculo que o movimento se manifestou com maior energia, dando logar a numerosos accordos que, por meio de disposições de alcance diverso, procuraram resolver o difficil problema da regulamentação internacional da fallencia.

Um primeiro grupo é constituido pelos tratados que têm por limitado fim conseguir a egualdade juridica dos credores perante o respectivo concurso, respeitando os seus direitos em conformidade com os titulos constitutivos, qualquer que seja o Estado-contractante a que pertençam.

Entre estes citarei os celebrados pela Suissa com a França em 1803 e 1828, com o gran-ducado de Baden em 1808 [1], com o Wurtemberg em 1825-1826 [2], com a Baviera em 1834 [3] e com a Saxonia em 1837; e ainda os negociados pela Servia com a Italia e Austria-Hungria, e pela Italia com a Romania em 1880.

[1] Não tomaram parte n'este accordo os cantões suissos de Schwitz e Glaris.

[2] Não tomaram parte n'este accordo os cantões suissos de Neuchâtel, Schwitz e Glaris.

[3] Não tomaram parte n'este accordo os cantões suissos de Uri e Zug.

Entretanto, o alcance excessivamente restricto d'estes tratados torna-os quasi desnecessarios, visto estabelecerem uma clausula cuja justiça se impõe com tal evidencia que ninguem póde razoavelmente pensar em contrarial-a.

Outros Estados, porem, levando mais longe a sua iniciativa, adoptaram parcialmente a theoria da unidade da fallencia applicando-a aos moveis, e deixando subsistir a pluralidade para os immoveis.

Tal foi a doutrina adoptada nos accordos celebrados entre os diversos cantões suissos, a cuja vigencia veiu pôr termo a lei federal de 11 de abril de 1889.

Tal foi tambem a direcção a que obedeceu o tratado austro-prussiano de 1844 ainda hoje em vigor: a fallencia declarada no Estado em que o fallido tiver o domicilio produzirá todos os seus effeitos no outro Estado signatario, caso o devedor ahi não possua bens immoveis; por conseguinte, a universalidade não só affecta unicamente os moveis mas requer ainda que os immoveis estejam concentrados no paiz da abertura da quebra,—em caso contrario, tornar-se-ha necessaria uma nova fallencia especial que abrangerá moveis e immoveis situados no mesmo Estado. N'esta convenção não se assentam regras para a execução exterritorial das sentenças porque a abertura da fallencia é considerada como um acto de jurisdicção

graciosa, não se julgando, por isso, necessaria a concessão previa do *exequatur*.

Finalmente, o tratado concluido entre a Austria e o reino da Saxonia em 1854 approxima-se ainda das convenções pertencentes a este segundo grupo, se bem que as suas tendencias sejam já mais liberaes: a competencia judicial é attribuida ao tribunal do domicilio do devedor; havendo, porém, diversos estabelecimentos commerciaes de egual importancia, a competencia será cumulativa; a fallencia declarada n'um dos Estados produz todos os seus effeitos relativamente aos bens moveis situados no outro; mas tratando-se de immoveis deverá ser aberta uma fallencia especial, revertendo, comtudo, para a massa extrangeira as sommas liquidadas, depois de terem sido satisfeitos os respectivos creditos privilegiados e hypothecarios.

Do exposto se vê que os tratados pertencentes a esta classe constituem uma transição, com graus diversos dentro da propria classe, para os que abertamente adoptaram a theoria da unidade e universalidade da fallencia.

N'um terceiro grupo apparecem-nos, emfim, os accordos em que a diplomacia consagrou, por medidas mais ou menos adequadas, as verdadeiras conclusões da sciencia.

Em primeiro logar, e por simples memoria histo-

rica, citarèi os tratados concluidos entre os diversos Estados allemães de 1824 a 1841 [1], substituidos mais tarde pela lei federal votada em 1877 e declarada obrigatoria para todo o Imperio a partir de 1 de outubro de 1879. Estes diplomas, tomando por base a lei prussiana, estabeleciam a abertura d'uma só fallencia no logar do domicilio do devedor commum, fallencia em cujo processo todos os credores deviam fazer valer os respectivos titulos, e cuja massa absorvia o producto da liquidação dos bens do devedor situados no extrangeiro.

Alguns d'estes tratados, entre outros o concluido pelo reino de Wurtemberg com o gran-ducado de Baden, estatuiam que, embora o tribunal do domicilio devesse ser considerado o juizo geral da fallencia, esta seria declarada no Estado em que se achasse a maior parte dos bens a dividir, caso o devedor commum tivesse n'um dos Estados contractantes o seu domicilio e n'outro uma residencia, accrescentando que, se em cada Estado existisse aproximadamente a mesma quantidade de bens, deveria a competencia judicial pertencer

[1] A Prussia celebrou os seguintes tratados: com Saxonia-Weimar, 25 de junho de 1824;—com Saxonia-Altenburg, 18 de fevereiro de 1832;—com Saxonia-Coburgo-Gotha, 23 de dezembro de 1833;—com Reuss-Plauen, 5 de julho de 1834;—com o reino de Saxonia, 14 de outubro de 1839;—com Schwarzburg-Rudolstadt, 12 de agosto de 1840;—com Anhalt-Bernburg, 9 de setembro de 1840;—e com Brunswick, 4 de dezembro de 1841. Entre o reino de Wurtemberg e o gran ducado de Baden foi tambem concluido o tratado de 1825-1826.

áquelle onde estivesse domiciliado maior numero de credores. Entretanto, apesar de só se estabelecer este recurso subsidiariamente, era de receiar que na pratica a determinação do valor da fortuna, ou do numero de credores domiciliados, désse logar a graves embaraços.

A Suissa e o Wurtemberg estão ainda hoje ligados pelo tratado de 1826-1827 em que se consagra expressamente a universalidade da fallencia: os Estados contractantes obrigam-se reciprocamente a reconhecer a competencia do tribunal do domicilio do devedor, sendo todos os bens d'este, moveis ou immoveis, comprehendidos na massa fallida, salvo o respeito devido aos direitos anteriormente adquiridos pelos credores.

Chegamos ao tratado franco-suisso de 1869, — de todos o mais importante e, ao mesmo tempo, o mais controvertido pela defeituosa redacção d'alguns dos seus artigos.

Excessivamente laconico em disposições e excessivamente limitado em acção, o tratado de 1828 não podia satisfazer as necessidades da pratica: d'aqui instantes reclamações de reforma, attendidas por fim no tratado de 15 de junho de 1869.

Começa este diploma por definir a competencia judicial, assignando-a respectivamente aos tribúnaes francezes ou aos suissos, conforme a residencia do fallido fôr n'um ou n'outro d'estes dois paizes [1].

A fallencia deve extender-se a todos os bens moveis

[1] «La faillite d'un Français ayant un établissement de com-

e immoveis situados no extrangeiro sob simples condição de prévio *exequatur*, mas este não implica uma revisão fundamental, devendo o juiz limitar-se a examinar as questões relativas á competencia do tribunal, citação das partes, e preceitos de direito publico ou interesses de ordem publica, referentes ao paiz onde a execução é requerida [1].

Esta revisão habilita tambem o administrador da

merce en Suisse pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en Suisse, et réciproquement, celle d'un Suisse ayant un établissement de commerce en France pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en France». *(Art. 6)*.

[1] «La production du jugement de faillite dans l'autre pays donnera au syndic ou représentant de la masse, après toutefois que le jugement aura été déclaré exécutoire, conformément aux règles établies en l'article 16 ci-après, le droit de réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possédera dans ce pays». *(Art. 6)*.

«La partie en faveur de laquelle on poursuivra dans l'un des deux Etats l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, devra produire au tribunal ou à l'autorité compétente du lieu ou de l'un des lieux où l'exécution doit avoir lieu:

1.° L'expédition du jugement ou de l'arrêt légalisée par les envoyés respectifs, ou à leur défaut par les autorités de chaque pays;

2.° L'original de l'exploit de signification dudit jugement ou arrêt ou tout autre acte qui, dans le pays, tient lieu de signification;

3.° Un certificat délivré par le greffier du tribunal où le jugement a été rendu, constatant qu'il n'existe ni opposition, ni appel, ni autre acte de recours.

Sur la représentation de ces pièces, il sera statué sur la de-

massa para proceder no extrangeiro á cobrança de creditos do fallido e á venda dos seus bens moveis ou immoveis, em conformidade com as disposições da *lex rei sitae*. O producto da venda dos bens moveis e as quantias cobradas pelo administrador serão reunidos ao activo da massa chirographaria, para subsequente distribuição entre todos os credores, em conformidade com a lei da fallencia; a distribuição do producto da venda dos immoveis pelos que a ella tiverem direito

mande d'exécution, savoir: en France, par le tribunal réuni en chambre du conseil, sur le rapport d'un juge commis par le président et les conclusions du ministère public, et en Suisse, par l'autorité compétente dans la forme prescrite par la loi. Dans l'un et l'autre cas, il ne sera statué qu'après qu'il aura été adressé à la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie, une notification indiquant le jour et l'heure où il sera pronòncé sur la demande». *(Art. 16)*.

«L'autorité saisie de la demande d'exécution n'entrera point dans la discussion du fond de l'affaire. Elle ne pourra refuser l'exécution que dans les cas suivants:

1.° Si la décision émane d'une juridiction incompétente;

2.° Si elle a été rendue sans que les parties aient été dûment citées et légalement réprésentées, ou défaillantes;

3.° Si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée s'opposent à ce que la décision de la juridiction étrangère y reçoive son exécution.

La décision qui accorde l'exécution et celle qui la refuse ne seront point susceptibles d'opposition, mais elles pourront être l'objet d'un recours devant l'autorité compétente, dans les délais et suivant les formes déterminées par la loi du pays où elles auront été rendues». *(Art. 17)*.

realisar-se-ha em conformidade com as disposições da lei do paiz da situação [1].

Quaesquer acções que venham a ser exercidas contra os credores ou contra terceiros deverão ser propostas perante o tribunal do domicilio do reu, salvo se a contestação fôr relativa a um immovel ou a um direito real immobiliario [2].

À concordata são egualmente attribuidos effeitos exterritoriaes, sob condição de previo *exequatur*, con-

[1] «En ce cas, le syndic pourra poursuivre contre les débiteurs le remboursement des créances dues au failli; il poursuivra également, en se conformant aux lois du pays de leur situation, la vente des biens meubles et immeubles appartenant au failli. Le prix des biens meubles et les sommes et créances recouvrées par le syndic dans le pays d'origine du failli seront joints à l'actif de la masse chirographaire du lieu de la faillite et partagés avec cet actif, sans distinction de nationalité, entre tous les créanciers, conformément à la loi du pays de la faillite. Quant au prix des immeubles, la distribution entre les ayants droit sera régie par la loi du pays de leur situation; en conséquence, les créanciers français ou suisses qui se seront conformés aux lois du pays de la situation des immeubles, pour la conservation de leurs droits de privilège ou d'hypothèque sur lesdits immeubles, seront, sans distinction de nationalité, colloqués, sur le prix des biens, au rang qui leur appartiendra d'après la loi du pays de la situation des dits immeubles». *(Art. 6).*

[2] «Les actions en dommages, restitution, rapport, nullité et autres, qui, par suite d'un jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement reportant l'ouverture de la faillite à une époque autre que celle primitivement fixée, ou pour toute autre cause, viendraient à être exercées contre des créanciers ou des tiers, seront portées devant le tribunal du domicile du défendeur, à moins que la con-

cedido, nos termos geraes atraz indicados, á respectiva sentença homologatoria [1].

Finalmente, as regras dos artigos 7 e 8 são declaradas applicaveis á fallencia d'um extrangeiro, estabelecido na Suissa ou França, tendo credores suissos e francezes e bens situados em qualquer dos referidos paizes [2].

O diploma, cuja doutrina acabo de expôr, não é certamente um modelo de precisão e clareza: ao contrario, todos os seus artigos têm suscitado graves duvidas ácerca da verdadeira intenção das partes contractantes: urge definir claramente a theoria da unidade, indicando d'um modo expresso quaes os actos para que o *exequatur* é requerido, determinando para este um processo especial, sujeitando os extrangeiros ás disposições do tratado relativas á fallencia,— em resumo, harmonisando as disposições legaes com a doutrina atraz definida; mas, nem por isso, este tratado deixa de representar uma feliz iniciativa cujos

testation ne porte sur un immeuble ou un droit réel et immobilier». *(Art. 7)*..

[1] «En cas de concordat, l'abandon fait par le débiteur failli des biens situés dans son pays d'origine et toutes les stipulations du concordat produiront, par la production du jugement d'homologation déclaré exécutoire conformément à l'art. 16, tous les effets qu'il aurait dans le pays de la faillite». *(Art. 8)*.

[2] «La faillite d'un étranger établi, soit en Suisse, soit en France, et qui aura des créanciers suisses et français et des biens situés en Suisse ou en France, sera, si elle est déclarée dans l'un des deux pays, soumise aux dispositions des art. 7 et 8». *(Art. 9)*.

beneficos resultados praticos o commercio franco-suisso tem em justo apreço, sendo só para desejar que, em harmonia com o voto emittido em 1883 pelo Conselho Federal Suisso, uma nova revisão venha completar a obra de 1869.

O principio da unidade e universalidade da fallencia foi tambem consagrado, mas em termos expressos, na Convenção de 6 de maio de 1881 celebrado entre a Servia e a Austria.

Finalmente, no tratado de direito commercial internacional, devido á iniciativa do congresso reunido em Montevideu de 25 de agosto de 1888 a 19 de fevereiro de 1889, adoptou-se ainda a mesma doutrina: o juizo do domicilio commercial do fallido é considerado o unico competente para declarar a quebra, embora o devedor tenha succursaes em algum dos outros Estados contractantes; só quando o fallido tiver em Estados differentes estabelecimentos commerciaes independentes poderão ser abertas varias fallencias, mas, se n'este caso a pluralidade da fallencia é possivel, não é obrigatoria, visto ser concedido aos credores um praso de 60 dias para escolherem entre uma segunda declaração de fallencia e a absorpção do activo de todos os estabelecimentos pela massa primitiva. Entretanto, póde dizer-se que, ainda quando excepcionalmente são propostos ao mesmo tempo varios processos de fallencia, a ideia da unidade é dominante: de facto, o excedente que em cada Estado existir em favor do fallido deve ser posto á disposição da massa extrangeira.

Vê-se, pois, que o Congresso de Montevideu foi ainda mais longe que o de Turin, (não formulando simples votos, seguiu um caminho mais pratico e occupou-se em confeccionar tratados), mas em ambos a theoria da unidade e universalidade da fallencia,— limitada e sufficientemente defendida pela *ordem publica internacional,*—recebeu o impulso cujos progressos já a apontam como o futuro principio director das legislações dos Estados e do direito convencional [1].

CONCLUSÃO

Na investigação scientifica das normas que devem reger a fallencia no campo do direito internacional, estabeleci principios que a doutrina formula ainda com hesitação e que a jurisprudencia frequentemente desconhece.

Julgo, porém, ter assentado preceitos verdadeiros, harmònicos com a natureza juridica da instituição, e a que as tendencias das relações internacionaes asseguram um logar nos codigos das nações civilizadas.

Deixando, por agora, o estudo interpretativo, procurei antes definir as regras por que os legisladores se devem guiar quando, remediando as lacunas, — quasi

[1] Sobre a doutrina d'este capitulo veja-se especialmente: Travers, *La faillite,* pag. 258 e seg.— Brocher, *Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse.*

o silencio, — das leis vigentes, resolvam regulamentar uma questão que tanto interessa a vida internacional.

N'este proposito, examinei a fallencia considerada em si mesma, as necessidades do commercio e as exigencias da pratica, e de todos estes elementos concluí para a theoria da unidade e universalidade. Estudando em seguida os effeitos exterritoriaes das sentenças extrangeiras, rejeitei a doutrina da revisão fundamental e só exigí *exequatur* para os actos de execução propriamente dicta.

Admittida, assim, a fallencia á vida internacional, restava regulamental-a: foi o que fiz nos capitulos segundo e terceiro, assignando a jurisdicção internacional e a competencia legislativa.

Finalmente, querendo mostrar o que a doutrina tinha de pratico e apresentar algumas normas pelas quaes podessem ser modeladas futuras reformas legislativas, expuz, n'um ultimo capitulo, os tratados internacionaes concluidos n'este seculo entre grande numero de Estados da Europa e da America.

As paginas antecedentes mostram bem como o movimento se vai accentuando em favor da unidade e universalidade da fallencia [1]. Certamente, é ainda

[1] A *Conferencia de direito internacional privado,* reunida ultimamente em Haya (de 25 de junho a 13 de julho de 1894), adoptou tambem os principios fundamentaes da *Theoria* n'um projecto que provavelmente servirá de base a novas deliberações na proxima 3.ª reunião (*Indépendence belge,* edition international, 26 juillet 1894).

preciso dissipar muitos prejuizos, para que os principios estabelecidos passem, por completo, para a pratica internacional, mas n'este caminho será profiqua a obra do tempo: *l'histoire du commerce,* dizia Montesquieu, *est celle de la communication des peuples.*

INDICE

INTRODUCÇÃO

I

II

15

CAPITULO PRIMEIRO

EFFEITOS INTERNACIONAES DA FALLENCIA

IV

CAPITULO SEGUNDO

JURISDICÇÃO INTERNACIONAL

CAPITULO TERCEIRO

COMPETENCIA LEGISLATIVA

I

II

III

IV

V

VI

VII

CAPITULO QUARTO

TRATADOS INTERNACIONAES

ERRATAS

Paginas	Linhas	Erros	Emendas
15	10	attestado	attestada
20	4-5	a expressões geraes	as expressões geraes
24	12	vem chamando	veem chamando
61	6	situadas	situados
76	2	pela que respeita	pelo que respeita
80	14-22	sucursaes	succursaes
82	11	orbitra	orbita
90	27-28	*relativi atti*	*relativi agli atti*
90	30	*autoritatd*	*autoritd*
108	22	pdendo	podendo
110	31	*Effecti*	*Effetti*
113	1	interpretes	interprete
117	22	*viritate*	*veritate*
165	3	hytheca	hypotheca
176	26	da disposições	das disposições
223	3-4	profiqua	proficua